

THÈSE DE

PARIS.

1889

N^o. 29.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

EFFETS DU DIVORCE

A L'ÉPOQUE DU DROIT CLASSIQUE

DROIT FRANÇAIS

POINT DE DÉPART

DES

DIFFÉRENTS EFFETS DU DIVORCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Gustave COSTE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

ET DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1889



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

EFFETS DU DIVORCE

A L'ÉPOQUE DU DROIT CLASSIQUE

DROIT FRANÇAIS

POINT DE DÉPART

DES

DIFFÉRENTS EFFETS DU DIVORCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Mercredi 10 Avril 1889, à 2 heures du soir

PAR

Gustave COSTE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

ET DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT

Président : M. BUFNOIR.

Suffragants { MM. BOISTEL,
H. MICHEL, } *professeurs.*
LARNAUDE, *agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1889



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

EFFETS DU DIVORCE

A L'ÉPOQUE DU DROIT CLASSIQUE

INTRODUCTION

Avant d'examiner en détail les effets du divorce, il est nécessaire de résoudre une question préjudicielle : à quel moment s'opère la dissolution du mariage par le divorce ? On n'aurait qu'une idée imparfaite des effets du divorce, si l'époque à laquelle ces effets se produisent n'était pas déterminée avec exactitude.

Antérieurement à Auguste, le divorce n'était sujet à aucune formalité légale (1) ; il avait lieu soit par consentement mutuel, *bona gratia*, soit par la volonté de l'un des conjoints ; mais dans les deux cas la dissolution du mariage résultait d'une simple manifestation de volonté. Cette absence complète de formes est singulière à une époque où le formalisme dominait la législation romaine, où la plupart des faits juridiques étaient revêtus de solennités destinées à éveiller l'attention des parties sur la portée de leurs actes. On pourrait prétendre que cette anomalie tient

(1) Il y avait néanmoins des formalités usitées. Plaute, *Amphitryon*, III, 2, 47. — Cicéron, *de Oratore* I, 40, 56. *Philippiques* II, 28. — Tacite, *Ann.* XI, 30.

à la rareté du divorce dans les temps anciens ; le divorce étant alors peu fréquent, on n'aurait pas eu l'idée de l'assujettir à des formalités. Une telle explication nous paraît peu satisfaisante : le divorce a existé à Rome de toute antiquité et, pour être moins usité qu'à la fin de la République ou sous l'Empire, il était certainement aussi répandu que certaines institutions soumises à des règles rigoureuses, par exemple l'adrogation. Il faut chercher plutôt la raison du fait que nous signalons dans l'établissement relativement récent du mariage libre, sans *manus* ; quand la femme mariée était nécessairement placée *in manu mariti*, le mariage ne pouvait se dissoudre sans que la *manus* fût dissoute également ; or le mari ne perdait pas la *manus* par un simple acte de volonté, *nuda voluntate* : la *manus* ne disparaissait que moyennant l'accomplissement de certaines formalités analogues à celles qui avaient servi à la constituer, *diffareatio* ou *remancipatio* ; c'étaient ces formalités qui, faisant cesser la *manus*, opéraient dissolution du mariage. Cette explication rend parfaitement compte d'une particularité indiquée par Plutarque (Romulus, XXII) ; d'après cet auteur la femme anciennement n'aurait pas eu la faculté de divorcer ; il n'en pouvait être autrement lorsque le mariage était toujours accompagné de *manus* et n'était pas dissous sans que la *manus* fût détruite, puisque le mari ne saurait perdre la *manus* malgré lui et que la femme n'a pas le droit de le contraindre à l'émanciper ou à la remanciper à un tiers (*Gaius I*, 137). On comprend au contraire que lorsque le mariage sans *manus* fut introduit, à une époque où la coutume avait perdu sa puissance créatrice, où elle n'instituait plus de formalités nouvelles, le mariage pût être dissous, ainsi qu'il était formé, sans solennité aucune, à la volonté de la femme comme à la volonté du mari.

Cet affranchissement absolu de toutes formes ne devait pas cependant être sans inconvénients ; des malentendus risquaient facilement de se produire ; dans certains cas on pouvait, d'une part, prendre pour un divorce ce qui n'était qu'un dissentiment passager, une séparation temporaire ; d'autre part, l'existence d'un divorce sérieux pouvait être sujette à contestation ; enfin, alors même que le divorce n'était pas contesté, il pouvait y avoir doute sur sa date, dont le moment précis n'était rappelé par aucune formalité. Une pareille incertitude est particulièrement grave lorsqu'il s'agit de l'état des personnes.

Les lois caducaires, qui attribuaient au divorce des conséquences nouvelles et d'une portée considérable, rendirent encore plus sensible le besoin d'une réglementation. Cette réforme fut réalisée par la loi *Julia de adulteriis*, ainsi que nous l'apprend *Ulpien*, l. 1, § 1, *D, unde vir et uxor*, L. XXXVIII, t. 11. La volonté de divorcer dut être désormais exprimée en présence de sept témoins, citoyens romains et pubères ; elle était le plus souvent manifestée par la remise du *libellus repudii* que l'affranchi de l'époux qui avait pris l'initiative du divorce faisait entre les mains de l'autre époux ; mais ce procédé n'avait rien d'exclusif (1). Ces formalités étaient applicables à tout divorce ;

(1) La seule exigence de la loi consistait dans la présence des sept témoins ; la remise du *libellus* par un affranchi n'était pas une formalité indispensable ; c'est ce qui découle de la loi 6. *C. de repudiis*, L. V. t. 17. D'ailleurs, s'il en avait été autrement un époux qui n'aurait pas eu d'affranchi aurait été dans l'impossibilité de divorcer, ce qui est évidemment inadmissible. Les mots *misso repudio* qui se rencontrent dans divers textes n'impliquent pas nécessairement la remise d'un *libellus*, et encore moins la remise de ce *libellus* par un affranchi. V. l. 6, l. 8 pr. *C. de repudiis*, L. V. t. 17. *Caius* I, § 137. *Fragm. Vat.* 107, etc. ; il n'y avait pas non plus de formule solennelle prescrite à peine de nullité ; les formules contenues le plus habituellement dans le *libellus repudii* étaient les suivantes *tuas res tibi habeto, tuas res tibi agito*, (l. 2. *D. de divorciis*, L. XXIV, t. 2) ; mais ces expressions, déjà usitées avant la loi *Julia* (Cicéron, *Philipp.* II, 28), n'avaient rien de sacramentel ; aucun texte ne nous dit que toute autre

aussi bien au divorce par consentement **mutuel** (1) qu'au divorce procédant de la volonté d'un seul des époux. La sanction prononcée par la loi *Julia* était la nullité, nullité absolue et d'ordre public : *Item Julia de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet. Ulp. l. 1, unde vir et uxor, D. L. XXXVIII, t. 11.*

Au contraire, lorsque les formalités prescrites par la loi étaient accomplies, la dissolution du mariage en était la conséquence naturelle ; elle s'opérait au moment où la notification du divorce était faite et que l'assistance des témoins permettait de déterminer avec précision. Ce moment servait de point de départ aux effets du divorce et notamment aux différents délais pendant lesquels la femme était exposée à l'accusation d'adultère, incapable d'affranchir et dispensée de se remarier, etc.

L'instant de la dissolution du mariage étant ainsi fixé, voyons maintenant quels étaient les effets du divorce ; ces effets étaient relatifs soit à la personne des époux ou des enfants, soit aux biens des époux ; nous les étudierons successivement. Nous examinerons ensuite une situation spéciale, celle de l'affranchie, qui étant épouse de son patron, divorce d'avec lui sans consentement.

formule fût *inutilis*. Il ne faut donc pas avec Cujas voir dans le divorce une action de la loi, *actio legis juliae* : à l'époque d'Auguste, les formes verbales étaient en décadence, et loin de songer à créer de nouvelles actions de la loi, ou commençait à abroger les anciennes.

(1) *Nullum divortium ratum est, nisi etc., l. 9 Paul D. de divortiis, L. XXIV, t. 2.* — *Si constante matrimonio, communi consensu tam mariti quam mulieris, repudium sit missum, etc., l. 9, Anastase. C. de repudiis, L. V, t. 17.* D'après M. Accarias, Précis de dr. r. I, n° 98, le divorce *bona gratia* ne fut jamais soumis à aucune formalité légale ; cette assertion est inconciliable avec les lois qui précèdent.

CHAPITRE PREMIER

EFFETS DU DIVORCE QUANT AUX PERSONNES.

Le divorce dissout la communauté absolue d'existence que le mariage avait établie entre les époux ; ceux-ci deviennent désormais étrangers l'un à l'autre et libres de disposer respectivement de leurs personnes.

Mais le lien conjugal n'est que rompu : il n'est pas résolu ; le mariage n'est pas dissous rétroactivement, il a existé valablement jusqu'au moment où la volonté des époux y a mis fin et jusqu'à ce moment il a produit des effets ; si ces effets sont de nature à se perpétuer malgré la dissolution du mariage, ils subsisteront après le divorce. Ainsi le mariage a donné à la femme le rang et les titres de son mari ; le mari était-il *consularis*, la femme est devenue *consularis* ; était-il *clarissimus*, la femme est devenue *clarissima* ; le divorce ne lui enlève pas ces qualités ; Ulpien prévoyant expressément cette hypothèse décide que la femme, même divorcée d'avec son mari, *separata ab eo*, ne les perd que par une union subséquente avec un homme de condition inférieure, *l. 8, D. de senatoribus, L. I. t. 9* ; suivant d'autres textes, conçus en termes généraux, le seul événement qui, après la dissolution du mariage, puisse priver la femme de la condition de son mari, est la conclusion d'un mariage nouveau *l. 12, pr. eod. tit. ; l. 13, C. de dignitatibus, L. XII, t. 1 ; l. 10, C. de nuptiis, L. V. t. 4 ; l. 9. C. de incolis, L. X, t. 39.*

Quand le mariage était contracté sans *in manum conventio*, la femme restait *sui juris*, si elle l'était avant le mariage ou continuait de rester sous la puissance de son père, si elle s'y était trouvée soumise ; la dissolution du mariage ne lui faisait donc pas recouvrer une capacité, dont elle n'avait jamais cessé de jouir, et ne la faisait pas davantage retomber sous une puissance dont elle n'avait jamais été affranchie. La puissance maritale n'était acquise au mari que par l'un des trois modes constitutifs de la *manus*, *confarreatione*, *coemptione*, *usu*; de même que le mariage à lui seul était insuffisant à la lui conférer, le divorce par lui-même n'en emportait pas de plein droit l'extinction. La femme divorcée restait donc soumise à la *manus* tant qu'elle n'avait pas été émancipée par son mari ; jusque-là elle restait comme auparavant *loco filiae* ; elle conservait les *sacra privata* du mari ; elle continuait à rester unie à la famille du mari par les liens de l'agnation ; le mari retenait sur la femme le *jus vitæ necisque* comme sur ses enfants ; et la femme, de son côté, demeurait toujours *heres sua* du mari. Dans de pareilles conditions, le divorce eût été impraticable si le magistrat n'eût interposé son autorité pour contraindre le mari, une fois le mariage dissous, à affranchir la femme de la *manus* ; ce résultat s'obtenait soit par une solennité religieuse appelée *diffarreatio*, lorsque la *manus* avait été établie par la *confarreatio*, soit par une *remancipatio*, quand la *manus* avait été constituée par la *coemptio* ou par l'*usus*.

C'est ce que nous apprend *Gaius I*, 137 ; il résulte de ce texte que pendant le mariage la femme qui avait fait *coemptio* avec son mari n'avait pas plus le droit de forcer son mari à la remanciper que la fille n'avait le droit d'obliger son *pater familias* à consentir une émancipation ; mais qu'après le divorce elle peut contraindre le mari à

l'affranchir de sa puissance, comme si elle n'avait jamais été mariée ; or la femme qui a fait *coemptio* avec un étranger *fiduciæ causa* peut toujours contraindre cet étranger à la remanciper.

Le divorce n'entraînait donc pas de plein droit dissolution de la *manus* ; il permettait seulement à la femme d'exiger que le mari y renonçât.

Qu'arrivait-il lorsque le mari refusait d'obéir aux ordres du magistrat et d'accomplir les formalités de la *diffareatio* ou de la *remancipatio* ? le magistrat devait procéder à l'égard du mari comme à l'égard de l'héritier qui n'exécutait pas le fidéicommiss de liberté dont il était chargé *cf. l. 26 § 7, l. 23 § 4, 5. D. de jid. lib. L. XI, 5* ; un décret intervenait pour déclarer l'affranchissement acquis.

Le mariage engendre l'alliance ou affinité. On appelle ainsi le lien qui se forme 1^o entre les époux eux-mêmes ; 2^o entre chaque époux et les parents de l'autre (*Accarias Précis de dr. r. t. I, n^o 92, § 3*). Ce lien est rompu par le divorce ; l'alliance ne produit donc plus aucun effet pour l'avenir. La règle n'est pas sans exception, mais sur le principe lui-même il n'y pas de doute ; Paul nous en fournit la preuve dans un passage qui forme le § 303 des *Fragm. Vat.* : certains alliés figuraient parmi les *personæ exceptæ*, auxquelles n'étaient pas applicables les dispositions rigoureuses de la loi *Cincia* sur les donations : « Mais, dit Paul, ne sont exceptées que les personnes qui « ont la qualité d'alliées au temps de la donation ; c'est ce « qu'a décidé un rescrit d'Antonin ; car les lois caducaires, « qui ont voulu excepter même ceux qui avaient eu la « qualité d'alliés, s'en sont expliquées en termes exprès ». Ainsi dans le silence de la loi on doit décider que les effets de l'alliance cessent par la dissolution du mariage ; pour qu'il en soit autrement, il faut que la loi, ainsi que le faisait la loi *Papia*, établisse une exception formelle.

L'exception signalée par Paul dans le texte ci-dessus se trouve précisée dans un autre passage des fragments du Vatican, § 218 ; à raison du lien étroit de parenté ou d'alliance qui les unissait au testateur, certaines personnes avaient le privilège d'être exceptées des déchéances créées par les lois nouvelles et conservaient la *solidi capacitas* ; mais la loi *Papia* ne se contentait pas d'excepter ceux qui étaient actuellement mari, femme, gendre, belle-fille, beau-père, belle-mère, etc. ; elle exceptait même ceux qui l'avaient été à une époque quelconque, *lege Papia ii affines excipiuntur qui vir et uxor, etc., umquam fuerunt*. Une autre exception, qui est la conséquence de celle qui précède, nous est révélée par les § 158 et 214 *Fragm. Vat.* : aux termes d'une « *oratio* » de Septime Sévère, les parents ou alliés qui ne pouvaient se soustraire à une tutelle en invoquant le *jus nominandi potioris* étaient ceux-là seuls qui étaient exceptés par les lois *Julia* ou *Papia* : donc, malgré le divorce, le mari ne pouvait éviter la tutelle d'un parent de sa femme *nominatione potioris*.

Nous revenons, au contraire, à l'application du principe dans l'hypothèse prévue par la l. 3, § 1. *D. de postulando*, L. III, t. 1 : le préteur déclarait les personnes notées d'infamie incapables d'ester en justice comme mandataires d'autres personnes, à moins que ce ne fût pour un pupille, pour un patron, etc., et pour certains proches parents ou alliés, limitativement énumérés dans l'édit ; et par alliances, nous dit Ulpien, on ne doit entendre que celles qui existent actuellement et non celles qui ont pu exister autrefois ; le divorce rendait ainsi le mari infâme incapable de postuler désormais pour aucun parent de la femme.

Les empêchements au mariage qui résultent de la qualité d'alliés ne sont pas abolis par le divorce ; ce n'est même qu'à partir de la dissolution du mariage que ces

empêchements peuvent avoir effet, puisque, tant que le mariage dure, la femme ne peut avoir deux maris et le mari ne peut avoir deux femmes. Il ne faut pas conclure de là que l'alliance subsiste après le divorce ; il n'y a pas d'exception véritable à notre principe. Vainement, dirait-on que, le mariage étant dissous, il n'y a plus ni beau-père, ni belle-fille, ni gendre, ni belle-mère ; il est vrai qu'il n'y a plus d'alliance, mais l'alliance qui a existé a produit un effet qui tient à la moralité publique et qui se perpétue. Après le divorce, le mariage était donc interdit entre ceux qui avaient été alliés en ligne directe ; c'est ce qu'exprime *Gaius I, 63 Item eam (uxorem ducere non licet) quæ nobis quondam socrus, aut nurus, aut privigna, aut noverca fuit*. Nous n'avons pas à parler de l'interdiction résultant de l'alliance en ligne collatérale ; à l'époque classique elle ne formait jamais obstacle au mariage ; le mariage fut prohibé pour la première fois entre beau-frère et belle-sœur par l'empereur Constance *l. 2. C. Th. de illicit. nupt. L. III, t. 12 (cf. l. 5. C. J. de incestis. L. V, t. 5)*.

La présomption de paternité a sa source dans le mariage ; lorsque le mariage est dissous, cette présomption n'a plus de raison d'être : l'enfant dont la conception est postérieure au jour du divorce sera donc légalement étranger au mari : au lieu d'être *justus liber* il sera *spurius* ou *vulgo conceptus*. La conception de l'enfant sera réputée postérieure au divorce, lorsque la naissance se placera plus de trois cents jours après la dissolution du mariage, *l. 3, § 11, D. de suis et legitimis, L. XXXVIII, t. 16*. Pour empêcher que pendant cette période de trois cents jours une naissance ne fût supposée par la femme ou ne fût par elle dissimulée au mari, le sénatus-consulte Plancien et un rescrit de Marc Aurèle avaient autorisé, en cas de divorce, des mesures spéciales. Le sénatus-consulte permet

à la femme qui se croit enceinte de dénoncer sa grossesse au mari dans les trente jours à partir du divorce ; ces trente jours sont des jours continus et non des jours utiles : trois hypothèses peuvent alors se présenter ; le mari conteste immédiatement sa paternité ; il envoie des gardiens chargés de surveiller la femme ; il garde le silence. Dans les deux premiers cas, le mari est libre de ne pas reconnaître l'enfant ; c'est au juge qu'il appartiendra de décider si l'enfant est ou non légitime ; l'envoi de gardiens n'établit contre le mari aucun préjugé (1) ; mais si la femme refuse de recevoir les gardiens choisis par le mari, celui-ci est en droit de nier sa paternité. Si le mari garde le silence, il est tenu de reconnaître l'enfant, et, s'il s'y refuse, il est puni *extra ordinem*. Si la femme fait une dénonciation tardive, le juge appréciera en connaissance de cause, si cette dénonciation peut être regardée comme valable : si la femme ne fait aucune dénonciation, il est permis au mari de désavouer l'enfant, à moins que la femme n'ait accouché dans les trente jours, auquel cas aucune déchéance ne peut lui être opposée ; car, en vertu du sénatus-consulte, la femme a trente jours pour notifier sa grossesse au mari. Le désaveu du mari, dans les cas où il est autorisé, n'a d'autre effet que de faire tomber la présomption légale, qui dispense l'enfant de fournir la preuve de sa filiation ; il n'enlève pas à l'enfant le droit de faire cette preuve et d'établir la paternité du mari dans le *præjudicium de partu agnoscendo* (l. 1. D. de agnoscendis. L. XXV. t. 3).

Si au contraire le mari craint une suppression de part, un rescrit de Marc Aurèle lui permet de contraindre la

(1) Paul (Sent. II. 24. 5) était sur ce point en désaccord avec Ulpien et Marcellus (l. 1, § 11. D. de agnoscendo. L. XXV, t. 3) ; d'après lui le mari, qui prenait le parti d'envoyer des gardiens, était obligé de reconnaître l'enfant.

femme à comparaître devant le préteur, pour déclarer si elle est ou non enceinte; cette comparution est assurée par tous les moyens de coercition dont dispose le magistrat, notamment la *pignoris capio*. Si la femme nie sa grossesse, le magistrat ordonne une vérification par des sages-femmes au nombre de trois ou de cinq; ce qu'elles décident à la majorité est tenu pour vrai; si la femme est déclarée enceinte, le mari peut lui donner des gardiens (*l. 1, § 1-9. D. de inspisciendo. L. XXV, t. 4. — Paul, Sent. II. 24, 7-9*).

Dès que le mariage était dissous par le divorce chaque époux pouvait à volonté contracter aussitôt de nouveaux liens: la femme elle-même était libre de se remarier immédiatement malgré le danger d'une confusion de part: le délai de dix mois, que la veuve était tenue d'observer, n'avait pas pour objet d'empêcher l'incertitude de la paternité des enfants, lorsque ces enfants seraient nés à une époque peu éloignée de la dissolution du premier mariage; cette défense ne devait son origine qu'au devoir imposé à tous les membres de la famille de porter le deuil de leur chef. L'obligation d'observer un délai d'un an avant de contracter un nouveau mariage ne fut imposée à la femme divorcée qu'en l'an 421 par une constitution d'Honorius et de Théodose II, *l. 2. C. Th. de repudiis. L. III. t. 46. cf. l. 8 § 4, l. 9. C. de repudiis. L. V, t. 17*.

Non seulement les époux divorcés avaient la faculté de convoler aussitôt à un second mariage; cette faculté avait été convertie par les lois *Julia* et *Papia* en obligation. Les époux divorcés, redevenus *cælibes*, retombaient sous le coup des déchéances prononcées par les lois caducaires et étaient frappés de l'incapacité de recueillir ni legs, ni hérédités testamentaires: peut-être cependant, s'il y avait des enfants issus du mariage, la déchéance n'était-elle pas absolue: la rubrique d'un titre des Règles d'Ulpien (titre

XIII), qui mentionne après le *cælebs* et l'*orbis*, le *pater solitarius*, permet de le supposer. Le divorce soumettait immédiatement le mari aux peines établies par les *leges novæ*: aucun délai spécial ne lui était imparti pour se mettre en règle avec la loi; de fait cependant il jouissait d'un délai de grâce de cent jours, puisque ce délai était accordé à toute personne qui tombait sous l'application des lois caducaires *Ulp. Reg. XVII, 1.*; en contractant un nouveau mariage dans les cent jours qui suivaient le divorce, le mari échappait donc aux déchéances qu'entraînait le célibat. La femme était plus favorablement traitée; la loi *Julia* lui avait concédé un délai de six mois, porté par la loi *Papia* à dix-huit mois, pendant lequel elle conservait la *solidi capacitas*. *Ulp. Reg. t. XIV*, et ce délai expiré, elle avait encore le délai de grâce de cent jours; elle était relevée de toute incapacité, si pendant ce délai elle obéissait à la loi.

La loi *Julia de adulteriis* avait institué pour punir l'adultère une action criminelle, un *judicium publicum*: cette poursuite n'était ouverte que contre l'adultère de la femme; l'adultère du mari ne donnait lieu, comme tel, qu'à des réparations civiles, *l. 1. C. ad. leg. Jul. de adult. L. IX, t. 9*. L'action présentait ce caractère particulier de ne pouvoir être exercée simultanément contre la femme et son complice; mais l'accusateur était libre de commencer à son choix par l'un ou par l'autre, *l. 8. C. ht.* Pendant le mariage l'accusation d'adultère n'était pas réservée au mari seul; elle était également ouverte aux tiers, au premier venu, avec une restriction cependant, que la loi *Julia* avait introduite pour ne pas permettre à un étranger de venir témérairement troubler la paix d'un ménage: tandis que le mari avait le droit absolu de poursuivre à son gré la femme ou le complice sous réserve toutefois de répudier immédiatement la femme, *l. 11. C. ht.*, les tiers

ne pouvaient poursuivre la femme qu'à la condition d'intenter d'abord contre le mari l'accusation de *lenocinium*; la loi faisait en effet au mari un délit de fermer les yeux sur l'inconduite de sa femme et punissait ce délit des mêmes peines que l'adultère, *l. 26, D. ad leg. Jul. de adult. L. XLVIII. t. 5*; quant au complice, les tiers étaient libres de le poursuivre sans être obligés de porter contre le mari le *crimen lenocinii*, *l. 39, § 1. D. h. t.* L'adultère était soumis à une prescription de cinq ans qui courait à partir du jour même du crime, *l. 29 § 7. D. h. t.* Enfin la peine était pour la femme la confiscation de la moitié de sa dot et du tiers de ses biens ainsi que la rélé-gation dans une île; pour le complice, la rélé-gation et la confiscation de la moitié des biens. *Paul. Sent. II. 26. 14.*

Le divorce ou le décès du mari n'affranchissait pas la femme de l'accusation d'adultère; mais cette accusation devait être désormais intentée dans un bref délai, un délai de six mois qui se comptait, en cas de divorce, du jour du divorce, en cas de décès du mari, du jour du délit, *l. 29 § 5. D. h. t.*, sans préjudice de la prescription de cinq ans, si elle venait à être acquise avant l'expiration des six mois, *l. 29, § 5, inf. D. h. t.* A la différence du délai de cinq ans qui était un délai continu, *l. 11, § 4, l. 31, D. h. t.*, le délai de six mois ne se composait que de jours utiles *l. 29, § 5.* Dans le cas spécial où la femme se serait remariée avant toute poursuite, l'accusateur doit commencer par obtenir la condamnation du complice, *l. 2, pr., l. 11, § 11, D. h. t.*, à moins que le mari, après avoir répudié la femme, ne lui ait fait défense d'épouser telle personne et que la femme n'ait passé outre, *l. 16, D. h. t.*: sinon l'on craint que la poursuite n'ait d'autre but que de troubler la nouvelle union contractée par la femme.

Le divorce donnait lieu à des dispositions particulières. Pendant soixante jours utiles à partir de la dissolution du

mariage le mari et le *pater familias* qui avait la femme en sa puissance avaient le privilège exclusif d'agir ; on pensait avec juste raison que c'était au mari et au père qu'il appartenait tout d'abord de venger l'honneur de la famille, *l. 4. § 1, l. 14, § 2. D. h. t., l. 6. C. h. t.* : s'il y a concours entre le mari et le père, le mari est préféré, *l. 2, § 8, D. h. t.* Après les soixante jours, c'est-à-dire pendant les quatre mois utiles qui restaient à courir, le mari et le *pater familias* de la femme conservent le droit d'intenter l'accusation d'adultère, mais alors ils ne jouissent de ce droit que concurremment avec tout le monde, *l. 6, C. h. t., l. 14, § 2, D. h. t.* En vue d'assurer plus efficacement la répression de l'adultère, le législateur avait accordé à l'action du mari ou du *pater familias*, lorsqu'elle était exercée dans les soixante jours, certaines faveurs qui constituaient autant de dérogations aux règles ordinaires de la procédure criminelle.

Il nous faut expliquer ces règles en peu de mots. Dans les *judicia publica* deux dangers également graves étaient à redouter ; il était nécessaire d'une part d'empêcher les accusations téméraires ; il était d'autre part à craindre que l'accusateur ne se laissât gagner par le coupable et ne consentit à étouffer une accusation bien fondée. En conséquence un sénatusconsulte, le sénatusconsulte Turpillien (1), avait institué des peines pour punir la *calumnia* et la *prævaricatio*. Est réputé *calumniator* celui qui succombe dans son accusation, à moins qu'il ne prouve avoir agi sous l'influence d'une erreur légitime ; la *prævaricatio* est la collusion de l'accusateur avec l'accusé ; le désistement, *abolitio*, est considéré comme *prævaricatio*,

(1) La *prævaricatio* et la *calumnia* étaient déjà réprimées par les lois avant le sénatusconsulte Turpillien (Cicéron *pro Cluentio*, 31, *id ad Quint. fr.* II, 16 ; *l. 1, § 2. D. ad sc. Turpill. L. XLVIII, t. 16* ; le sénatusconsulte Turpillien semble avoir seulement codifié la matière.

s'il n'est pas autorisé par le juge. La *prævaricatio* comme la *calumnia* donnaient lieu à des peines pécuniaires et faisaient encourir l'infamie, l. 4. D. L. XLVIII, t. 2.

Si en matière d'adultère ces dispositions rigoureuses avaient été maintenues, le mari et le père auraient été peu tentés de prendre l'initiative d'une poursuite, le mari surtout, qui, grâce au *judicium de moribus*, avait un autre moyen d'obtenir satisfaction à moins de risques de l'inconduite de la femme. D'un autre côté le mari et le père sont en général les seuls intéressés à provoquer la répression du délit, et s'ils n'agissent pas il arrivera le plus souvent que l'adultère restera impuni. Enfin le danger de la *calumnia* ou de la *prævaricatio* est moins grand que dans une autre action ; il est probable que le mari et le père n'agiront pas sans de justes motifs, et la poursuite une fois intentée, ne l'abandonneront pas pour des raisons inavouables. En conséquence ils étaient soustraits à l'application du sénatus consulte Turpillien. Cette exception est indiquée en ce qui concerne le *judicium calumniæ* par Paul. *Coll. leg. rom. et mos*, t. V, c. 4. « *Qui jure mariti vel patris accusat potest et sine calumniæ pœna vinci* » et par Tryphoninus, l. 37, § 1. D. de minoribus, L. IV. t. 4. « *Sexaginta diebus præteritis, in quibus jure mariti sine calumnia vir accusare mulierem adulterii potest, etc.* » Un texte de Scævola, l. 14, § 3. D. ad leg. Juliam de ad. porte « *jure mariti qui accusant, calumniæ periculum non evitant* ; ce texte est évidemment altéré : il faut supprimer la négation. Les passages qui précèdent ne sont relatifs qu'au *judicium calumniæ* : aucun ne dispense formellement le mari qui abandonne l'accusation des peines du sénatusconsulte Turpillien contre la *prævaricatio* : mais cette nouvelle exception résulte sans aucun doute de la règle contenue dans la loi 15 § 2. D. ad sc. Turpill. L. XLVIII. t. 16,

suivant laquelle, aux termes des constitutions impériales, ceux contre lesquels il n'est pas permis d'agir *de calumnia*, ne tombent pas, s'ils se désistent, sous le coup du sénatusconsulte.

D'ailleurs le mari et le père ne peuvent que se désister purement et simplement; toute espèce de convention sur le crime d'adultère reste interdite *l. 10, C. ad leg. jul. de adult.* Le mari, ainsi que tout autre, qui aurait transigé à prix d'argent, serait lui-même punissable aux termes de la loi *Julia. l. 10. C. h. t. l. 29 § 2. D. h. t.*

Si le mari ou le père n'intentent leur poursuite qu'après l'expiration des soixante jours, ils n'échappent plus au *judicium calumniae*, ni aux peines de la *prævaricatio*; ils se trouvent alors dans la même situation qu'un accusateur ordinaire; on dit alors qu'ils accusent non plus « *jure mariti* » ou « *jure patris* », mais « *jure extranei*. » *Paul. Coll. leg. rom. et mos. t. V. c. 3 : l. 6 C. ad leg. jul. de ad. l. IX, t. 9*

La loi *Julia* contenait une autre disposition destinée à favoriser l'action du mari ou du père pendant les soixante jours qui suivent le divorce. En général on n'admettait pas en matière criminelle les dépositions des esclaves contre leurs maîtres et il était défendu de mettre ces esclaves à la torture afin de contraindre leur témoignage. *Paul. Sent. V. 16 § 4, 5; l. 16. D. de quæst. l. XLVIII, t. 18*; il était même interdit de faire interroger un esclave contre son ancien maître, *in memoriam prioris dominii*. *Paul. Sent. V. 16, §. 8; l. 18, § 6. D. de quæst.* Par exception il était permis d'interroger les esclaves *in caput domini* dans certaines causes, dans le *crimen majestatis. l. 7, § 2 D. ad leg. Jul. maj. D. XLVIII, t. 5*, et notamment dans le *crimen adulterii, l. 4. 5, 6. D. de quæst. l. XLVIII, t. 18; l. 32. C. ad leg. Jul. de adult. l. IX, t. 9*. En matière d'adultère on pouvait donc sou-

mettre à la question non seulement les esclaves du mari, mais encore ceux du prétendu complice et de la femme, quel que fût d'ailleurs l'accusateur, fût-ce le mari ou le père ou même un étranger, *l. 17 pr. D. de quaest.* Pour enlever à son adversaire ce moyen d'information la femme devait être tentée de soustraire ses esclaves à la torture en les vendant ou en les affranchissant; ce n'était pas un moyen péremptoire et absolu de priver l'accusateur du témoignage sur lequel il comptait; s'il était prouvé que l'esclave avait été affranchi en vue de lui éviter la question, il pouvait être néanmoins interrogé. *Paul, Sent V. 16 § 9; l. 1, § 13, D. de quaest.*, et il y avait possibilité de soumettre à la torture l'esclave d'autrui. Il résultait cependant de là une entrave assez sérieuse à la poursuite; car, d'une part, pour passer outre, malgré l'affranchissement, la fraude devait être prouvée et une preuve de ce genre est toujours difficile à fournir, et d'autre part l'esclave d'autrui ne pouvait être soumis à la question malgré le maître qu'à la condition pour l'accusateur de s'obliger à payer au maître le prix de l'esclave ou le montant de la dépréciation que l'esclave subirait, au taux fixé par le maître lui-même, *quanti dominus taxaverit. Paul, Sent V, 19, § 3.* Pour empêcher ces fraudes et rendre ainsi plus efficace la répression de l'adultère la loi Julia avait pris certaines mesures.

Ses dispositions n'étaient pas applicables quel que fût le mode de dissolution du mariage; elle n'avaient pas lieu lorsque le mariage prenait fin par la mort du mari ou par la perte du droit de cité infligée à l'un des époux, ni lorsque le divorce était par consentement mutuel; en pareils cas, rien ne rend vraisemblable la supposition d'un adultère *l. 14, § 3, 4, D. qui et a quibus L. XL, t. 9.* Mais lorsque le divorce ne se produisait pas *bona gratia*, pendant les soixante jours accordés au mari et au père pour pour-

suivre *jure patris* ou *jure mariti*, la femme était déclarée incapable d'affranchir ou d'aliéner aucun de ses esclaves ; cette prohibition était introduite aussi bien dans l'intérêt du père que dans l'intérêt du mari ; Ulpien décide en effet que si le mari décède avant les soixante jours, l'affranchissement ou l'aliénation ne redevient pas possible, puisque le père conserve le droit d'intenter une poursuite, *cum pater accusare possit l. 14 pr. D. qui et a quibus* ; d'où il résulte que si le père lui-même est décédé la défense de la loi cesse. C'est en effet uniquement en vue de favoriser l'accusation du mari ou du père que la loi Julia a restreint la liberté de disposition de la femme quant à ses esclaves, en vertu des mêmes motifs pour lesquels elle faisait échapper le mari et le père, accusant *jure mariti* ou *jure patris*, au *judicium calumniæ* ou aux peines de la *prævaricatio* ; c'est la poursuite du père ou du mari que la loi désire avant tout provoquer ; elle n'accorde aux étrangers le droit d'accusation qu'à titre subsidiaire et comme à regret. Voilà pourquoi les aliénations et les affranchissements ne sont interdits que pendant les soixante premiers jours, et non pendant les six mois utiles durant lesquels la femme reste exposée au *crimen adulterii* ; il est du reste probable que si pendant les soixante jours, le mari et le père, qui sont les plus intéressés, n'ont pas agi, il n'y aura pas de poursuite.

Pendant la période regardée par la loi comme suspecte, la femme est absolument incapable d'affranchir ou d'aliéner aucun esclave quel qu'il soit ; il n'y a pas à distinguer entre les esclaves employés au service personnel de la femme, et les esclaves employés aux champs ou dans les provinces ; il n'y a pas non plus à faire d'exception pour les esclaves acquis par la femme depuis le divorce : Ulpien signale la rigueur de ces dispositions ; mais, dit-il, les termes de la loi sont formels *l. 12, § 1, 2, D. qui et*

a quibus XL, 9. La prohibition s'étend également aux esclaves du *pater familias* de la femme, de sa mère, de son grand-père et de sa grand-mère ; mais alors elle ne concerne que les esclaves employés au service personnel de la femme l. 12, § 3, 4, 5. *D. qui et a quibus*. Si la poursuite est commencée dans les soixante jours, la femme, ainsi que les autres personnes qui tombent sous le coup de la loi, restent incapables d'affranchir ou d'aliéner jusqu'à la fin du procès, l. 12 § 6. *Supra*. Enfin les aliénations et les affranchissements faits par la femme, même pendant la durée du mariage, mais en vue d'un divorce prochain, devront être annulés si la fraude est clairement prouvée, l. 14, § 5. *D. qui et a quibus*.

L'affranchissement ou l'aliénation opérée en violation de la loi n'est pas réputée non avenue ; la nullité n'a qu'un but : empêcher que les esclaves ne soient soustraits à la question ; lorsque cet intérêt n'existe plus, il n'y a plus de motif pour maintenir la nullité. Ainsi l'esclave affranchi avant le soixante-unième jour sera *statuliber* l. 13, *D. qui et a quibus* ; il deviendra libre, mais l'effet de son affranchissement sera provisoirement suspendu ; la liberté ne lui sera définitivement acquise qu'à l'expiration des soixante jours, s'il n'y a pas eu de poursuites pendant ce délai, ou après le jugement du procès, si une accusation a été intentée. l. 76, § 4, *D. de legatis*, 2^o, L. XXXI ; l. 48, § 2. *D. de hered inst.* L. XXVIII, t. 4. Les textes ne s'expliquent pas sur les effets d'une aliénation irrégulière ; mais on devra décider par analogie que l'acquéreur pourra faire valoir ses droits lorsque les soixante jours se seront écoulés ou lorsque l'instance aura pris fin.

Le respect du mariage ne permettait pas à un époux d'exercer contre son conjoint des poursuites judiciaires aussi rigoureuses que celles dont il aurait été en droit d'user contre un adversaire ordinaire. Certains ménage-

ments étaient imposés ; c'est ainsi que la loi refusait pendant le mariage toute action pénale ou infamante entre époux (1) ; c'est pour le même motif que dans les actions contractuelles ou quasi contractuelles, le défendeur jouissait à l'égard de son conjoint de l'exception *quod facere potest*. Cette exception, appelée aussi bénéfice de compétence, donnait au débiteur le privilège de n'être condamné que jusqu'à concurrence de son avoir et par conséquent d'échapper à toute condamnation, s'il n'avait absolument rien ; elle avait pour but de soustraire le défendeur à l'emprisonnement que lui aurait fait encourir une condamnation qu'il n'aurait pu exécuter (2).

(1) L. 2, C. rer. am. L. V. t. 21 « *constante matrimonio neutri eorum* » neque pœnalis, neque famosa actio competit ; sed de damno in factum « *datur actio* ». Cette règle s'appliquait aussi bien aux *judicia*, tels que le *crimen expilator hereditatis*, l. 5. D. exp. her. L. XLVII. t. 19, l. 4. C. cod. tit. L. IX, t. 32, l. 17. C. de furtis, L. VI, t. 2, qu'aux actions civiles, comme l'*actio furti*, l. 1, D. rer. am. L. XXV, t. 2, l'*actio servi corrupti*, l. 17. D. de servo corr. L. XI. t. 3 ; la raison qu'en donne Paul, parlant de la femme l. 4. D. rer. am. supra, est que « *Societas vitæ quodammodo dominum eam faceret* » ; cet argument n'a de sens qu'à propos des délits contre la propriété et c'est en effet à ces délits que se limite notre règle ; elle est absolument étrangère aux délits contre les personnes, tels que ceux punis par la loi *Cornelia de scariis et veneficiis*, la loi *Pompeia de parricidiis*, la loi *Julia de adulteriis*, etc.

(2) Le bénéfice de compétence était loin d'avoir au commencement même de l'époque classique, un caractère aussi étendu que dans le dernier état du droit ; il n'était d'abord admis au profit du mari que dans l'action *rei uxoriæ*, l. 14, § 1, Sol matr. D. L. XXIV, t. 3 et au profit de la femme que dans le cas où l'action tendait à faire exécuter une promesse de dot, l. 17, pr. sol. matr. D. L. XXIV, t. 3 ; ce fut un rescrit d'Antonin le Pieux qui l'accorde au mari dans toute action contractuelle l. 20. D. de re jud. L. XLII, t. 1 : par réciprocité la jurisprudence étendit cette faveur à la femme l. 20. D. de re jud. supra. L'exception *quod facere potest* fut aussi reçue sans difficulté dans les actions quasi-contractuelles l. 35 pr. D. de negotiis gestis. L. III, t. 5 : mais elle fut toujours refusée dans les actions *ex delicto* ou *quasi ex delicto* ; l'époux qui s'est rendu coupable d'un délit ou d'un quasi-délit ne mérite pas qu'on use à son égard d'une aussi grande générosité ; on montre déjà envers lui assez d'indulgence en l'affranchissant de toute action pénale ou infamante. V. ci-dessus note 1. Justinien l. 1, § 7, C. de rei ux. act. L. V, t. 13, présente l'exception *quod facere potest* comme exclue dans

Ces dérogations au Droit commun n'avaient d'autre cause que ce que les textes appellent « *reverentia personarum* », l. 3, *D. rer. am. L. XXV*, t. 2, « *honor matrimonii* », l. 2, *D. eod. tit.* Elles devaient donc cesser avec le mariage. C'est effectivement ce qui arrive en cas de divorce. Paul décide qu'après le divorce la *contrectatio fraudulosa* de la chose du mari rend la femme passible de l'*actio furti*, l. 3. *pr. D. rer. am. L. XXV*, t. 2. Scévola suppose que, malgré le divorce survenu, le mari a conservé la dot et l'a administrée comme gérant d'affaires ; la restitution de la dot pourra être réclamée soit par l'*actio dotis (rei uxoriæ)*, soit par l'*actio negotiorum gestorum*. Mais, dit-il, entre l'*actio dotis* et l'*actio negotiorum gestorum*, il y aura cette différence que, si le mari a complètement perdu son patrimoine, la femme pourra obtenir contre lui une condamnation *in solidum* au moyen de l'*actio negotiorum gestorum*, tandis que poursuivi en vertu de l'*actio dotis* le mari devrait être absous l. 35 *pr. D. neg. gest. L. III t. 5*. En effet, l'obligation du mari comme *negotiorum gestor* provient d'un quasi-contrat postérieur à la dissolution du mariage, tandis que son obligation comme débiteur de la dot, *dotis nomine*, a sa source dans le mariage même.

On voit par les exemples qui précèdent que c'est seulement à raison de faits postérieurs à la dissolution du mariage que les époux rentrent sous l'empire du Droit commun. En ce qui concerne les délits commis ou les obligations contractées pendant le mariage, la nature des

l'action *ex stipulatu de dote* ; il n'en était certainement plus ainsi depuis le rescrit d'Antonin ; les textes nous montrent le bénéfice de compétence comme admis aussi bien dans les actions *stricti juris* que dans les actions *bonæ fidei* l. 17 *pr. et § 1. D. sol. matr. D. XXIV, t. 3* ; cette différence entre l'*actio rei uxoriæ* et l'*actio ex stipulatu* devait être signalée dans les écrits d'un ancien jurisconsulte : Justinien l'a reproduite, sans tenir compte du changement survenu depuis la constitution d'Antonin.

relations qui ont existé entre les conjoints, *præcedens societas vitæ* l. 52. *D. de re jud. L. XLII, t. 2*, continue à mettre obstacle, même après le divorce, à l'exercice de toute action infamante ou pénale, et à empêcher que l'époux défendeur ne soit condamné au-delà de ses moyens dans les actions où le bénéfice de compétence peut lui être accordé.

Le divorce n'entraîne aucune modification dans les rapports respectifs du père et de la mère avec les enfants. Les enfants ont contre leurs parents divorcés tous les droits des enfants issus *ex justis nuptiis*, le droit aux aliments, le droit d'éducation, ainsi que les droits de succession qui leur sont concédés par le Droit civil, par l'édit du préteur ou les constitutions impériales. Réciproquement le divorce n'entraîne aucune déchéance pour l'époux qui y a donné lieu. Le mari ne perd pas la puissance paternelle, si cette puissance lui appartenait au moment du divorce ; il continuera à l'exercer dans toute sa plénitude ; le *pater familias* a toujours le droit de donner un tuteur par testament à son fils impubère, de faire une substitution pupillaire ; son consentement est toujours requis et exclusivement nécessaire pour le mariage des enfants qui sont en sa puissance : les enfants ne cesseront pas d'acquérir pour le père de famille, et s'ils possèdent un pécule, le père y succédera *jure peculii* ; enfin le père pourra anéantir son pouvoir ou le transmettre en émancipant ses enfants ou en les donnant en adoption. Si les enfants étaient déjà hors de la puissance du père, celui-ci conservera sur eux les droits de succession qu'il tient de l'édit du préteur. Quant à la mère, ses droits ne subissent non plus aucune diminution et elle pourra toujours succéder à ses enfants soit en vertu des *bonorum possessiones unde cognati* ou *unde decem personæ*, soit en vertu du sénatus-consulte Orphitien.

Dans l'ancien droit la garde et l'éducation des enfants appartenait sans partage au père ; la puissance paternelle était absolue et aucune autorité ne venait y apporter de limitation. En conséquence si l'enfant était écarté de la maison paternelle, la loi fournissait au père divers moyens de la lui faire réintégrer. En premier lieu si l'enfant se trouvait aux mains d'une personne, qui opposait une contradiction directe au droit du père en niant sa qualité de *pater familias*, le père avait la *rei vindicatio* aux fins de poursuivre la restitution de son enfant, comme de toute autre chose lui appartenant *ex jure Quiritium* ; le Digeste lui accorde encore cette action, mais avec une modification indiquant que ce n'est pas un droit de propriété ordinaire que le père entend faire valoir, *adjecta causa l. 1, § 2. D. de rei vind. L. VI, t. 1*. Dans la même hypothèse, ou quand un tiers retenait illégalement l'enfant, sans nier la qualité de *pater familias* du demandeur, l'édit du préteur donnait depuis les temps les plus reculés un *interdictum de liberis exhibendis et ducendis*. Le magistrat pouvait aussi dans le second cas interposer son autorité et statuer *extra ordinem*. Enfin si le père rencontrait de la résistance auprès de l'enfant même, il avait également la faculté de s'adresser au préteur, et si son droit était contesté par l'enfant, il le faisait reconnaître dans un *præjudicium*. On voit par là que les voies ouvertes au père pour faire valoir ses droits étaient différentes suivant les circonstances ; mais en toute hypothèse il lui suffisait de prouver sa qualité de *pater familias* pour que l'enfant dût lui être nécessairement remis.

A l'époque classique la rigueur de la puissance paternelle, toujours absolue en droit, était en fait fort adoucie. Les actions que le Droit ancien avait accordées au *pater familias*, il les possédait encore, mais dans certains cas ces actions étaient susceptibles d'être paralysées par des

exceptions, et le pouvoir arbitraire du magistrat intervenait aussi souvent pour réprimer les abus de la puissance paternelle que pour la faire respecter. D'après Julien, lorsque l'interdit *de filio ducendo* est exercé ou que le magistrat est saisi *extra ordinem*, et que l'enfant est impubère, il y aura lieu tantôt de trancher le litige immédiatement, tantôt d'en différer le jugement jusqu'à l'époque de la puberté. Il faudra se décider d'après la qualité des personnes entre lesquelles le procès s'est élevé et d'après les circonstances. Si le demandeur, qui se déclare *pater familias*, est un homme recommandable et d'une honorabilité incontestée, et son adversaire un homme de basse condition et de mœurs suspectes, la question devra être résolue sur le champ. Si au contraire le défendeur présente toutes les garanties nécessaires, si c'est par exemple un tuteur nommé par testament ou donné par le préteur, on devra lui laisser la garde de l'enfant, surtout s'il y a sujet de se défier du demandeur. Enfin si le défendeur comme le demandeur sont l'un et l'autre suspects comme peu honorables ou comme incapables, il n'y aura pas d'excès de pouvoir, dit Julien, à désigner un tiers chez lequel l'enfant devra être élevé, et l'on renverra à l'époque de la puberté la solution du litige. *L. 3, § 4. D. de liberis exh. L. XLIII, t. 30.* Suivant Vénuléius qui prévoit probablement l'hypothèse où l'enfant est arrivé à l'âge de raison, l'interdit est refusé au *pater familias* si c'est de son plein gré que l'enfant réside chez un tiers, à moins que le demandeur et le défendeur ne prétendent l'un et l'autre avoir la qualité de *pater familias* et que l'interdit n'ait d'autre objet que de faire trancher la question de paternité; mais l'interdit *de liberis exhibendis* pourra seul être exercé, et non l'interdit *de liberis ducendis*; car le fils ne doit pas être privé de la liberté d'aller et de venir. *L. 5. D. h. t.*

En cas de divorce ces principes recevaient leur application ; le *pater familias* n'avait pas exclusivement droit à la garde des enfants ; leur éducation pouvait être confiée à la mère. Des décrets d'Antonin le Pieux, des rescrits de Marc Aurèle et de Septime Sévère punissaient la mauvaise conduite du père, en autorisant la mère à conserver l'enfant ; le père prouverait vainement que l'enfant est en sa puissance ; sa demande serait repoussée par une exception, vraisemblablement l'exception de dol, *l. 1, § 3, l. 8, § 5. D. h. t.*, dans ce dernier texte Ulpien nous dit que, lorsque la garde de l'enfant est ainsi enlevée au père, il n'y a pas de *deminutio patriæ potestatis* ; cette expression ne signifie pas que la puissance paternelle ne subisse par là un échec, une atteinte plus ou moins sérieuse ; ce serait contraire à l'évidence ; son sens véritable est que la déchéance infligée au père n'amène pas la dissolution, ne produit pas l'anéantissement complet de la puissance paternelle ; celle-ci subsiste dans tous ses effets qui ne sont pas en contradiction avec la décision du juge.

Les textes que nous venons de mentionner supposent que la possession des enfants appartient à la mère et que le père veut la lui enlever ; il est repoussé par une exception. L'hypothèse contraire n'est pas prévue ; il est probable qu'en pareil cas la mère n'ayant pas d'action proprement dite devait s'adresser au magistrat par la voie extraordinaire.

C'était encore par la voie extraordinaire que le père lui-même était obligé de se pourvoir, lorsqu'il avait perdu la puissance paternelle ; car la *vindicatio adjuncta causa*, le *præjudicium*, et l'interdit ne sont accordés qu'au *pater familias*.

Les empereurs Dioclétien et Maximien dans une constitution de l'an 293 ne distinguent pas suivant que le père a ou non conservé la puissance paternelle ; dans tous les

cas c'est au juge qu'il appartient de décider, après le divorce, à qui, du père ou de la mère, doivent être confiés les enfants. *L. 1. C. divortio facto, apud quem. L. V. t. 24.*

CHAPITRE II

EFFETS DU DIVORCE QUANT AUX BIENS

L'étude des effets du divorce quant aux biens se ramène à l'examen de trois questions : quel est le sort des donations ou des libéralités testamentaires que se sont faites ou que peuvent se faire désormais les époux ? Que devient le droit de succession réciproque accordé aux époux par la *bonorum possessio unde vir et uxor* ? Dans quelles conditions s'opère la restitution de la dot.

Les conséquences du divorce en ce qui concerne les donations que se sont faites ou que pourront se faire à l'avenir les époux se résument dans les trois propositions suivantes :

1^o Le divorce rend définitivement nulles les donations faites entre époux pendant le mariage. On sait qu'en principe ces donations sont interdites : mais depuis le sénatus-consulte de Septime Sévère et d'Antonin Caracalla, elles sont tacitement confirmées par cela seul que le donateur meurt dans la même volonté et le mariage subsistant encore. En cas de divorce la règle subsiste : peu importe que le divorce ait ou non lieu *bona gratia*, qu'il intervienne par la faute du donateur ou par la faute du donataire ; la donation reste radicalement nulle, *perinde enim id quod donatum est habetur divorcio intercedente, ac si donatum non fuisset*, L. 62, § 1, D. de don. inter vir et ux. L. XXIV, t. 1, c. f. L. 32, § 10. D. cod. tit.

2^o Inversement, après le divorce, les donations que pourront se faire à l'avenir les anciens conjoints seront pleinement valables ; il faut supposer bien entendu que le divorce a eu lieu suivant les formalités prescrites par la loi *Julia, secundum legitimam observationem* ; sinon les donations faites après un tel divorce seraient nulles ; car en réalité le mariage ne devrait pas être considéré comme dissous. *L. 35. D. de don. int. vir. et ux. L. XXIV, t. 1*. Mais quoique valables les donations postérieures au divorce n'échappent pas à l'application de la loi *Cincia* ; le mari et la femme ne sont *personæ exceptæ* que lorsqu'ils ont la qualité actuelle d'époux au moment de la donation. *Fragm. Vat. § 303*.

3^o Enfin, exceptionnellement, le divorce, produisant en quelque sorte un effet rétroactif, valide certaines donations faites pendant le mariage, les donations *divortii causa*. *Ulp. Reg. VII, 1, L. 11, § 11. D. de don. int. vir. et ux. L. XXIV t. 1* ; on entend par là les donations faites en vue d'un divorce prochain et sérieux. Il arrivait assez souvent, surtout lorsque le divorce s'opérait *bona gratia*, que l'un des époux faisait une donation à son conjoint pour le dédommager du préjudice matériel ou moral que le divorce lui faisait éprouver. *L. 60. D. eod. tit.* Ces sortes de donations n'étaient valables que si elles avaient lieu au temps du divorce et non à une époque quelconque, en perspective d'un divorce futur. *L. 12. D. eod. tit.* ; autrement, ce serait devenu un moyen trop simple de mettre un obstacle indirect à la faculté de divorcer. La donation n'a d'effet que si le divorce se réalise ; quoique faite en vue d'un divorce, elle tombe si c'est par la mort que le mariage vient à être dissous. *L. 13, pr. D. eod. tit.* Enfin il faut supposer que le divorce est un divorce véritable, et non un divorce simulé, concerté entre les époux dans le seul but de rendre la donation possible ; si peu de temps

après les conjoints se réunissent, le mariage sera regardé comme n'ayant jamais été dissous et la donation sera nulle ; elle vaudra au contraire, si, avant de se réunir, les époux ont contracté d'autres liens, ou s'il s'est écoulé un si long intervalle, que leur réunion soit véritablement un nouveau mariage et non la continuation de leur mariage précédent. *L. 64. D. h. t.*

La donation *divortii causa* n'exige pas pour être parfaite les conditions imposées par la loi *Cincia* ; le mari et la femme sont *personæ exceptæ*, *Fragm. Vat.* § 302 : la qualité d'époux existe au temps de la donation, peu importe que les effets de la donation ne se réalisent que postérieurement à la dissolution du mariage.

Les libéralités testamentaires entre époux sont également vues avec plus de faveur lorsqu'elles sont faites après le divorce. Les lois *Julia* et *Papia* s'étaient montrées sévères à l'égard des dispositions *mortis causa* que des époux se feraient entre eux. S'ils n'avaient point d'enfants, ils ne pouvaient se laisser qu'un dixième, et de plus l'usufruit d'un tiers de leurs biens, lequel usufruit pouvait se convertir en propriété pleine et entière au cas où ils viendraient à avoir des enfants. Si le donataire avait vivants un ou plusieurs enfants d'un autre lit, la quotité augmente d'un dixième pour chaque enfant. La même augmentation a lieu pour chaque enfant commun décédé en bas âge. L'époux ne peut recueillir la totalité du patrimoine de son conjoint que si l'enfant commun qu'ils ont perdu est décédé pubère, s'il y a un enfant commun vivant, et dans quelques autres hypothèses.

Le divorce fait cesser toutes ces restrictions, et non seulement le bénéfice du droit commun n'est plus retiré aux époux, mais de plus ils jouissent de faveurs particulières ; les anciens conjoints auront par rapport l'un à l'autre le *jus capiendi* alors même que n'ayant pas con-

tracté de nouveau mariage, ils seraient *cælibes*; alors même qu'ils n'auraient eu aucun enfant issu soit de leur union, soit d'un mariage antérieur; la loi *Papia* leur confère désormais sans condition la *solidi capacitas* à l'égard de l'un à l'autre, *Fragm Vat*, § 218.

Le divorce détruit la vocation successorale réciproque que le préteur avait établie au profit des époux en créant la *bonorum possessio unde vir et uxor. l. un. pr. et* § 1. *D. unde vir et uxor, L. XXXVIII, t. 11.*

Nous avons dit plus haut que le divorce n'entraînait pas par lui même extinction de la *manus*, mais donnait seulement à la femme le droit d'exiger son affranchissement: en conséquence lorsque le mariage avait été contracté *cum manu* la femme même divorcée, tant qu'elle n'avait pas été affranchie, restait appelée en première ligne à la succession de son mari comme *heres sua* par le droit civil et comme *bonorum possessor* par le droit prétorien qui lui accordait la *bonorum possessio unde liberi*; réciproquement si la femme divorcée décédait étant encore *in manu*, ses biens restaient acquis au mari qui les gardait. Les conjoints ne perdaient par l'effet du divorce tout droit de succession réciproque que lorsque le mariage n'était pas accompagné de la *manus*, ou qu'à partir du moment où la *manus* était dissoute.

Nous avons maintenant à examiner dans quelles conditions s'opère la restitution de la dot après le divorce. Notre intention n'est pas d'aborder toutes les questions qui se rattachent à la restitution de la dot et qui peuvent se présenter, quelque soit le mode de dissolution du mariage; nous nous limiterons à l'examen des difficultés spéciales à la matière du divorce.

Dans quelles circonstances y a-t-il lieu à la restitution de la dot en cas de divorce? Deux hypothèses peuvent se présenter: il faut les distinguer avec soin; ou bien la res-

titution de la dot avait été stipulée ; on devait alors se conformer rigoureusement aux termes de la stipulation ; la convention revêtue des formes légales formait la loi des parties, l'action *ex stipulatu* appartenait exclusivement au stipulant, à la femme si c'était la femme elle-même, étant *sui juris*, qui avait stipulé la restitution de sa dot, au *pater familias* de la femme si c'était lui qui avait figuré dans la stipulation, et s'il est décédé, à ses héritiers pour leur part et portion héréditaire, sans aucune attribution exclusive au profit de la femme ; enfin, si le stipulant avait été un *extraneus*, c'était à lui que la restitution était faite et il n'avait nul besoin pour la réclamer du concours de la femme, — ou bien il n'était intervenu aucune stipulation au sujet de la restitution de la dot ; en ce cas les règles étaient différentes : Ulpien, *Reg.* VI, § 6, les résume ainsi : « Quand le divorce a lieu, si la femme est « sous la puissance paternelle le père a, en s'adjoignant la « personne de sa fille, l'action *rei uxoriæ*, sans distinguer si la dot est adventice ou profectice ».

Ainsi peu importe que la dot soit profectice, c'est-à-dire constituée par le *pater familias*, ou adventice, c'est-à-dire constituée par tout autre ; l'action *rei uxoriæ* n'appartient jamais qu'à la femme elle-même ou au *pater familias*, *adjuncta filix persona* ; dans aucun cas elle n'est donnée à un *extraneus*, alors même qu'il aurait fourni la dot.

Il n'y a aucun compte à tenir de l'origine de la dot : ainsi de même la femme devenu *sui juris*, avant ou après le divorce, aura seule le bénéfice de l'action *rei uxoriæ*, bien que la dot ait été constituée aux dépens du patrimoine du *pater familias*, c'est-à-dire du patrimoine commun de la famille ; l'action *rei uxoriæ* ne se divise pas entre les héritiers du *pater familias*, comme l'action *ex stipulatu* : elle se transmet à la femme à l'exclusion de tous autres.

Il y avait là pour la femme une faveur exorbitante ; le droit prétorien et les constitutions impériales, préoccupés de maintenir l'égalité entre les cohéritiers, lui enlevèrent cette situation privilégiée, les règles relatives à l'exercice de l'*actio rei uxoriæ* ne furent pas pour cela modifiées ; le correctif imaginé fut l'obligation du rapport de la dot, la *collatio dotis*.

Lorsque la femme était émancipée et qu'elle n'arrivait à la succession du *pater familias* que grâce à la *bonorum possessio contra tabulas* ou *unde liberi*, la *collatio dotis* n'était qu'une variété de la *collatio bonorum* que le préteur imposait aux enfants émancipés lorsqu'ils étaient en concours avec les *sui heredes* ; la femme devait le rapport de sa dot comme de tous ses autres biens. La *collatio dotis* était soumise aux mêmes règles que la *collatio bonorum*, notamment elle n'était due qu'aux *sui heredes* ; elle n'était due qu'autant que le concours de la femme émancipée leur causait préjudice et dans la mesure de ce préjudice ; de même la *collatio bonorum* comprenait tous les biens formant au jour du décès le patrimoine de l'émancipé, sans distinction d'origine, qu'ils provinssent du travail ou de l'industrie propre de l'émancipé, de la libéralité du *pater familias* ou de celle d'un tiers ; donc la *collatio dotis* avait lieu quelle que fût la nature de la dot ; elle s'appliquait à la dot adventice comme à la dot profectice, bien que l'inégalité qu'elle avait pour objet de faire disparaître ne fût vraiment choquante que lorsqu'il s'agissait d'une dot profectice, *l. 1, § 7, D. de dotis coll., L. XXXVII, t. 7 ; l. 4 C. de coll. L. XI, t. 20*.

Le droit prétorien n'imposait l'obligation du rapport qu'aux enfants émancipés ; il résultait des dispositions de l'édit que la fille restée en la puissance du *pater familias* ne rapportait jamais sa dot, bien qu'elle seule dût avoir le bénéfice de l'action *rei uxoriæ*. Cet avantage injustifié lui

fut retiré par Antonin-le-Pieux ; alors que la fille vient à la succession comme *sua heres*, sans le secours de la *bonorum possessio*, elle est tenue désormais à la *collatio dotis*, l. 1 *pr. D. de dotis coll.* Cette *collatio* se faisait suivant les mêmes règles que la *collatio* prétorienne ; la dot adventice était rapportable comme la dot profectice. L. 1, § 7, *D. de dotis coll.*

Enfin la faveur de l'égalité entre héritiers entraîna une dernière innovation qui fut l'œuvre de la jurisprudence. A l'origine le rapport de la dot n'était jamais dû qu'aux *sui heredes* ; cette règle fut conservée à l'égard de la dot adventice, mais la dot profectice dut être rapportée tant aux enfants émancipés qu'aux *sui*. Cette extension répondait à un besoin d'équité ; la constitution de la dot profectice s'est faite aux dépens du patrimoine paternel, et sans elle la part des enfants émancipés, comme celle des *sui heredes*, eût été plus forte. L. 4, *C. de coll.* L. VI, t. 20.

Si la succession s'ouvrait avant la dissolution du mariage, la *collatio* s'opérait en moins prenant ; la femme pouvait également satisfaire à l'obligation du rapport, en promettant à ses cohéritiers de partager avec eux sa dot en proportion de leurs droits héréditaires, si un jour la restitution venait à lui en être faite par le mari. L. 5, *C. de coll.*, L. 20, *pr. D. famil. erc.* L. X, t. 2.

Il serait injuste que la femme fût toujours tenue de rapporter le montant intégral de la dot, lorsqu'il lui aurait été impossible de la recouvrer contre un mari insolvable ; Ulpien décide qu'en pareille circonstance la femme ne sera tenue de rapporter que ce qu'elle pourra se faire payer par son mari. L. 1, § 6, *D. de dot coll.*

On voit par ce qui précède qu'à la différence de l'action *ex stipulatu*, action de nature simplement pécuniaire, l'action *rei uxoriæ* avait un caractère de personnalité

assez marqué. Aussi, tandis que l'action *ex stipulatu* était pleinement transmissible aux héritiers comme l'action née d'une stipulation ordinaire, l'action *rei uxoriæ* était en principe attachée à la personne de la femme et ne passait à ses héritiers que moyennant certaines conditions. Il n'était pas nécessaire cependant qu'il y ait eu *litis contestatio* pour que l'action devint transmissible ; l'action *rei uxoriæ* était traitée plus favorablement que ne le sont en général les actions attachées à la personne ; il suffisait que le mari eût été mis en demeure. Ulpien énonce ainsi la règle : lorsque la femme meurt après le divorce, l'action n'est donnée à son héritier, qu'autant que le mari a été mis en demeure de restituer la dot de la femme. *Reg. VI, § 7.*

C'était également au moment de la mise en demeure du mari qu'il fallait se placer pour savoir si l'action devait appartenir à la femme ou au *pater familias* ; lorsque le mari avait été mis en demeure par le *pater familias*, avec le consentement de la femme, le bénéfice de l'action était conservé par le *pater familias* ; il ne passait pas à la femme devenue *sui juris* postérieurement à la mise en demeure.

C'est ce qui semble résulter du § 119 des *Fragm. vat.* S'il est vrai que ce soit par l'effet de la mise en demeure du mari, opérée *consentiente filia*, que l'action *rei uxoriæ* entre définitivement dans le patrimoine du *pater familias*, il s'en suit que le *pater familias* venant à décéder depuis cette mise en demeure, l'action, au lieu d'être dévolue à la femme, se divise entre tous les héritiers ; la femme ne pourra l'exercer qu'autant qu'elle viendra à la succession et seulement pour sa part et portion héréditaire.

Le mari devait être mis en demeure, comme tout débiteur au moyen d'une *interpellatio*. La simple déclaration faite par la femme devant témoins ou par écrit de son

intention de redemander la dot ne suffisait pas pour mettre le mari en demeure de restituer la dot. *Paul, Fragm. Vat.* § 95, il fallait que l'intention de la femme fût régulièrement portée à la connaissance du mari. Ordinairement l'interpellation avait lieu devant le magistrat et était insérée *apud acta. Fragm. Vat.* § 112. Le mari pouvait être valablement interpellé non seulement par la femme elle-même, mais aussi par un mandataire de la femme, tuteur, *cognitor, procurator*, ou même par un simple gérant d'affaires, *Fr. V.* § 112.

Rappelons que lorsque la dot consiste en quantités, en choses *quæ pondere, numero, mensurave constant*, elle n'est restituable qu'en trois termes d'un an, deux ans, trois ans, à moins qu'il n'ait été convenu qu'elle serait rendue aussitôt après la dissolution du mariage : les dots consistant en corps certains étaient rendues sur le champ *Ulp. Reg. VI*, 8 (1). Ces délais n'étaient accordés que lorsque la restitution de la dot était réclamée par l'action *rei uxoriæ* ; quand elle était poursuivie en vertu d'une promesse de restitution, il fallait s'attacher à la formule de la stipulation, et conformément aux principes du droit commun, la restitution était immédiate à moins qu'un terme n'eût été stipulé.

Si les parties avaient stipulé « *divortio interveniente dotem reddi*, » le jugelié par la formule de l'action devait nécessairement absoudre ou condamner à la restitution intégrale de la dot, quelle que fût la cause du divorce, quels que fussent les torts de la femme, qu'il y eût ou non des enfants issus du mariage ; il n'en était autrement que si, en prévision de pareilles circonstances, des retenues avaient été stipulées ; nous verrons plus tard dans quelle

(1) Les termes légaux ne pouvaient être reculés, *ne dotis causa deterior fieret*, l. 14-18, D. de pact. dot. L. XXIII t. 4.

mesure ces stipulations étaient licites. Au contraire, dans l'action *rei uxoriæ* la dot était soumise de plein droit à certaines « *retentiones* » dont la loi ou la coutume avaient fixé depuis longtemps (2) la nature et la quotité. Ulpien nous donne l'énumération des *retentiones* que pouvait exercer le mari ; elles étaient admises pour cinq causes diverses, *propter liberos, propter mores, propter impensas, propter res donatas, propter res amotas*. *Ulp. Reg.* VI, § 9.

« La *retentio propter liberos* a lieu, si le divorce est
 « arrivé par la faute de la femme ou du père sous la puis-
 « sance duquel elle se trouve ; car alors le mari retient un
 « sixième de la dot pour chaque enfant, sans pouvoir ce-
 « pendant excéder trois sixièmes, et il ne peut obtenir ces
 « sixièmes que par voie de rétention, et non par voie de
 « demande. » *Ulpien, Reg.* VI, § 10.

Cette *retentio* avait à la fois le caractère d'une peine destinée à châtier la femme à qui le divorce était imputable et d'une indemnité accordée au mari à raison des charges que lui laisse la rupture du mariage.

La *retentio* était une peine : en effet, elle n'avait pas lieu lorsque le divorce se produisait *bona gratia* ou par la faute du mari.

Papinien (*Fr. Vat.* § 121) nous indique ce qu'il faut entendre par faute : « la faute d'avoir dissous le mariage
 « ne procède pas de celui qui a envoyé le *libellus divortii*,
 « mais de celui qui a amené la nécessité d'une sépara-
 « tion. »

La *retentio* était aussi une indemnité ; elle est proportionnelle dans une certaine limite au nombre d'enfants dont le mari demeure chargé ; et s'il n'y a pas d'enfants,

(2) Les *retentiones* étaient antérieures à Auguste : Cicéron, *Topiques*, 4, Plin., *H. N.* XIV, 13.

et par suite pas de charges dont le mari doive être indemnisé, la femme malgré sa faute, ne perdra aucune partie de sa dot.

La *retentio propter liberos* pouvait-elle être exercée par les héritiers du mari ou contre ceux de la femme ? Si on la considère comme une indemnité, il faut admettre qu'elle peut-être réclamée et subie par les héritiers comme par les conjointseux-mêmes ; si on y voit plutôt une peine, on devra dire qu'elle ne peut être poursuivie ni par les héritiers, ni contre les héritiers. Dans l'espèce il est difficile de savoir si c'est le caractère de peine ou le caractère d'indemnité qui prédomine. Un texte de Paul qui tranche la question au sujet des quatre autres *retentiones*, est précisément muet au sujet de la *retentio propter liberos*, l. 15 § 1 *D. Sol. matr. L. xxiv, t. 3*.

La *retentio propter liberos* n'était pas d'ordre public ; sa quotité pouvait être par convention augmentée ou diminuée ; la *retentio* pouvait être appliquée dans d'autres cas que ceux prévus par la loi. Autoriser ces sortes de conventions, c'était voir dans la *retentio* plutôt une indemnité dont le montant peut être débattu entre les parties, qu'une peine, dont le quantum, déterminé par la loi, doit rester fixe et invariable. Cependant le caractère pénal de la *retentio propter liberos* ne disparaissait pas entièrement, car il ne semble pas que la liberté des parties ait été absolue. Voici les décisions que nous relevons dans les textes : « Il a été convenu dans le pacte dotal, que le
« divorce ayant lieu, des sixièmes seraient retenus à rai-
« son des enfants ; je demande, si les époux s'étant sépa-
« rés *bona gratia*, on peut retenir les sixièmes. Paul a
« répondu que, d'après les faits exposés, on le peut. *Fr.*
« *Vat.* § 106 (1). » — « Il est permis de convenir que la

(1) Nous adoptons l'interprétation de M. Pellat. Textes sur la dot, p. 21.

« dot toute entière peut être retenue par le mari en cas de
 « survenance d'un seul enfant, pourvu que le divorce n'ait
 « pas lieu par la faute du mari. » *Fragm. Vat.* § 120. —
 « Il a été convenu que, quel que fût le mode de dissolution
 « du mariage, la dot resterait au mari, s'il y avait des en-
 « fants. Papinien a répondu au préteur Junianus que cette
 « convention ne paraissait pas avoir été faite en vue du
 « cas où le mariage prendrait fin par la mort du mari ; et
 « que si elle a été réellement faite, ce pacte, nuisible à la
 « dot, ne doit pas être observé au cas de décès du mari. »
l. 2, Ulp. D. de pact. dot. L. XXIII, t. 4.

La *retentio propter liberos* ne s'opère que par voie d'exception, jamais par voie d'action ; c'est une différence avec les quatre autres causes de *retentiones* qui donnent toutes naissance à des exceptions et à des actions parallèles.

Ulpien après avoir exposé dans le § 10 du titre VI de ses Règles les principes qui régissaient la *retentio propter liberos*, continue dans le § 11 par une phrase assez obscure et qui a provoqué de nombreuses interprétations. Elle est ainsi conçue : « *Dos quæ semel functa est amplius fungi non potest, nisi aliud matrimonium sit.* »

Cujas donne l'explication suivante : une dot qui a cessé d'être dot ne peut pas le redevenir, si ce n'est pour un nouveau mariage. Le mariage renouvelé, la dot est reconstituée tacitement, à moins qu'elle ne soit réceptice, c'est-à-dire fournie par un tiers qui a stipulé qu'elle lui serait rendue.

Cette interprétation n'est pas acceptable : le principe que pose Cujas serait singulièrement mal placé dans la matière qui nous occupe ; il n'a aucun rapport avec le sujet des *retentiones*, dont il vient interrompre l'explication. C'est en outre un principe parfaitement inutile ; il est en effet évident qu'une dot ne peut redevenir dot que pour un

nouveau mariage, puisqu'il n'y a pas de dot s'il n'y a pas de mariage.

Schilling, qui est partisan du système de Cujas, répond que si cette proposition est ici placée, c'est « pour donner
« raison de la règle posée dans la phrase précédente, qui
« n'accorde au mari qu'une simple rétention et pas d'ac-
« tion, à l'effet d'obtenir un sixième par enfant, *sexto in*
« *retentione sunt, non in petitione*. Cette raison est que
« la dot, une fois sortie des mains du mari et rendue à la
« femme, a cessé d'être dot, et qu'en conséquence elle ne
« peut plus être l'objet d'une demande qui présupposerait
« la qualité de dot (1). »

Cet argument n'est que spécieux; s'il était juste, il devrait s'appliquer à toutes les *retentiones* en général, aussi bien qu'à la *retentio propter liberos*; aucune rétention ne pourrait s'exercer par voie d'action, une fois la dot restituée, puisque cette dot serait *functa*, n'existerait plus. Or il est certain que les autres *retentiones* donnaient naissance à des actions qui pouvaient être exercées, même après la restitution de la dot.

D'après Tigerström, qui attribue également au mot *fungi* le sens de « remplir sa fonction, sa destination » notre § 11 « se réfère à la *retentio propter liberos* et « signifie que le mari ne peut plus obtenir, sur une dot
« déjà restituée, la part qui lui revient *propter liberos*,
« à moins qu'il ne rentre en possession de cette dot, ce
« qui arrivera s'il renouvelle le mariage avec la même
« femme, et cela par la raison qu'il ne peut exercer ce
« droit que par voie de rétention ou de déduction (2). » Ce système sous-entend dans le texte d'Ulpien bien des choses dont on n'y trouve aucune trace. En outre il serait assez

(1) Pellat, textes sur la dot, p. 34.

(2) Pellat, *ib.*, p. 36.

étrange que le mari pût exercer lors de la dissolution d'un second mariage des *retentiones* auxquelles il a renoncé après un précédent divorce, surtout quand la dissolution du second mariage résulterait d'un divorce *bona gratia* ou provoqué par la faute du mari, ou que, la dot étant profectice, la femme viendrait à mourir *constante matrimonio*.

Hugo adopte un autre point de départ : suivant lui, *dos quæ functa est*, ce serait une dot qui a été soumise à une rétention. Il cite à l'appui ce passage de Paul (*sent I, 1, § 6*) : « *Functio dotis pacto mutari non potest, quia « privata conventio juri publico non derogat.* » Notre texte signifierait qu'une dot qui a subi une rétention ne peut pas en subir une seconde. Cette maxime ne doit pas être entendue d'une façon trop générale en ce sens que le cumul de deux *retentiones* serait toujours impossible : elle ne concerne que les deux *retentiones* entre lesquelles notre § 11 se trouve placé, la *retentio propter liberos* et la *retentio propter mores*. Cette décision, dit Hugo, est logique et rationnelle ; les rétentions *propter liberos* et *propter mores* ne sauraient être exercées simultanément sans punir doublement un seul et même fait, la faute de la femme.

La signification que Hugo donne au mot « *fungi* » nous paraît exacte et le rapprochement qu'il établit avec le texte de *Paul Sent I, 1, § 6* nous semble assez probant. On a essayé d'écarter l'autorité de ce dernier texte en prétendant que le mot « *functio* » qui s'y trouve n'a d'autre sens que celui de fonction, destination et que la phrase : « *functio dotis pacto mutari non potest, quia privata « conventio juri publico non derogat,* » voudrait simplement dire que la destination de la dot ne peut être changée par un pacte, parce que le but de la dot est d'intérêt public, et que les conventions privées ne peuvent

porter atteinte au droit public : tels seraient les pactes qui auraient pour objet de rendre plus défavorable, *deterrio rem facere*, la condition de la dot *l. 14, 15, 16, 17, D. de pact. dot, L. XXIII, t. 4*. C'est perdre complètement de vue le sens propre de *functio* ; dans les textes juridiques surtout, le mot *functio* est bien moins souvent employé dans son sens figuré de *fonction*, que dans son sens naturel qui est *acquittement intégral d'une charge*. L'expression *functiones publicæ* ne signifie pas « fonctions publiques » mais acquittement des charges publiques, des impôts, *l. 5 C. de ann. L. X, t. 16*. Nous trouvons dans la *loi 46, C. de dec. L. X, t. 31*, au sujet du choix des décurions la phrase suivante : « *ne tales forte nominentur, qui functiones publicas implere non possunt* » ; on ferait un contre-sens en traduisant : « qu'on ne nomme pas à cette qualité des gens qui ne peuvent pas remplir des fonctions publiques ; » il faut traduire : « des gens qui ne soient pas en état de satisfaire complètement aux charges publiques, » *cf. l. 8, C. ht, « qui origine sunt curiales, ad subeundam publicorum munerum functionem protrahantur, »* que ceux qui sont décurions soient contraints de satisfaire à l'acquittement des contributions publiques : *cf. l. 8, C. de exact. trib. L. X, t. 19 « impositæ Reipublicæ functiones, acquittement des charges imposées envers l'Etat » cf. l. 13, C. de ann. L. X, t. 16 ; l. 39, C. de dec. L. X, t. 31*. Les *retentiones* sont des charges, des contributions imposées à la dot ; lorsque la dot subit des *retentiones*, elle acquitte ces contributions, *fungitur*.

Le texte de Paul « *functio dotis pacto mutari non potest, quia privata conventio juri publico non derogat* » signifie donc bien que les rétentions légales, *retentiones legitimæ*, ne peuvent être modifiées par un pacte, ce qui est le sens incontestable d'un autre passage du

même jurisconsulte qui forme la loi 5 *D. de pactis dot. L. XXIII, t. 4*, et dont on remarquera l'analogie avec le § 6 *Sent. I, 1* : « Il ne peut être convenu, *ne de moribus agatur, vel plus vel minus exigatur* : une peine, qui est d'intérêt public, ne doit pas être changée par une convention privée, *ne publica coërcitio privata pactione tollatur*. De même, nous dit Paul, on ne doit pas observer ces pactes : *ne ob res donatas vel amotas, ne ob impensas necessarias agatur*. — Le droit des rétentions est donc en dehors des conventions des particuliers ; tel est bien en effet le principe ; la *retentio propter liberos*, qui se trouve précisément omise dans la loi 5, *D. de pact. dot.*, y faisait exception dans une certaine mesure, ainsi que nous l'avons vu plus haut ; et cette exception, nous apprend Ulpien, (*Fragm. Vat.* § 121), était une exception unique.

Nous sommes donc à peu près d'accord avec Hugo sur le sens de l'expression *fungi* : mais à d'autres points de vue, son système nous paraît présenter des difficultés insurmontables. Il y a d'abord une objection grammaticale relevée par Schilling : *Semel* et *amplius* employés ensemble se rapportent toujours à deux événements *successifs* et ne sauraient se référer à deux causes simultanées de rétentions dont le concours serait signalé comme possible ou impossible (1). En second lieu, il est arbitraire de limiter le principe du non cumul des *retentiones* aux rétentions *propter liberos* et *propter mores* : on comprendrait à la rigueur qu'il en fût ainsi si la phrase d'Ulpien venait après l'explication successive des règles relatives à ces deux rétentions ; la raison donnée par Hugo, que notre paragraphe se trouve placé après le § 10 où il est question de la *retentio propter liberos*, et avant

(1) Pellat. Textes sur la dot, p. 33.

le § 12 où il est traité de la *retentio propter mores*, n'est pas déterminante; il est plus probable que le § 11 ne se rapporte en aucune façon à la rétention *propter mores* dont il précède l'explication et concerne uniquement la *retentio propter liberos*, la seule dont il vient d'être parlé. Enfin même limité aux deux *retentiones propter liberos* et *propter mores*, le système du non cumul des *retentiones* est contraire aux principes: lorsque plusieurs actions pénales concourent dans le même cas, elles ne s'excluent pas l'une l'autre. Il est d'ailleurs naturel qu'une femme ayant des enfants qui, par sa mauvaise conduite, donne lieu au divorce soit, grâce au cumul de la *retentio propter liberos* avec la *retentio propter mores*, punie plus sévèrement qu'une femme sans enfants; celle-là est évidemment plus coupable, et sa faute cause un plus grand préjudice à la famille.

Pour nous, nous pensons que le texte d'Ulpien aurait donné lieu à des interprétations moins divergentes, s'il avait été l'objet d'une critique grammaticale plus approfondie. On a l'air de penser que les mots « *aliud matrimonium* » peuvent vouloir dire indifféremment un second mariage contracté par la femme avec son ancien mari ou un nouveau mariage contracté par la femme avec un tiers; on ne fait pas attention que l'exactitude de la langue latine et surtout la précision ordinaire du style d'Ulpien ne permettent pas de supposer que les mêmes termes soient susceptibles de s'employer dans des acceptions aussi différentes. On n'appelle jamais *aliud matrimonium* qu'un mariage contracté par la femme avec un tiers, *cum alio*, avec un autre que son premier mari: on ne désigne pas ainsi un second mariage entre la même femme et le même mari; lorsque la réunion des mêmes époux n'est pas la continuation du premier mariage, et constitue un autre mariage distinct du premier, c'est un

alterum matrimonium ; l'adjectif pronom-indéfini *alterum* marque qu'il s'agit de la répétition du même mariage. L'opposition est particulièrement sensible dans le passage suivant du jurisconsulte Javolénus qui forme la loi 61 *D. de donat. inter vir. et ux. L. XXIV, t. 1.*

«... *Sed verum est... tunc verum esse divortium, et*
 « *valere donationem divortii causa factam, si ALIÆ*
 « *NUPTIÆ insecutæ sint, aut tam longo tempore vidua*
 « *fuisse, ut dubium non foret, ALTERUM ESSE MATRI-*
 « *MONIUM.* » Les termes *aliæ nuptiæ, alterum matri-*
monium s'appliquent, on le voit, à des situations distinctes et ne sont nullement synonymes (1).

Résumons les données acquises : 1^o « *dos quæ functa est* » signifie une dot qui a acquitté intégralement une *retentio* ; 2^o la place de notre paragraphe, qui termine l'explication de la *retentio propter liberos*, indique qu'il s'agit spécialement de cette *retentio* ; 3^o « *aliud matrimonium* » veut dire un mariage contracté par la femme avec un autre que son premier mari.

Nous pouvons maintenant traduire ainsi le texte d'Ulpien : une dot qui a déjà acquitté intégralement la *retentio propter liberos* (et cette *retentio* n'est intégralement acquittée que lorsqu'elle a absorbé trois sixièmes de la dot, *tres sextæ*, maximum fixé par la loi), ne peut plus y être soumise désormais, à moins d'un nouveau mariage

On rapprochera avec intérêt de la loi 64 *D. de don. int. vir. et ux.* les textes suivants : 1. 33 *D. de ritu nupt.* L. XXIII, t. 2 ; 1. 64 *D. de jure dot.* L. XXIII, t. 3 ; 1. 66, § 5, *D. sol. matr.* L. XXIV, t. 3. Les Byzantins avaient perdu le sens de ces nuances ; dans les Basiliques I. 60, L. XXX. t. 1, la loi 64 *D. de don. int. vir. et ux.* est très imparfaitement rendue : l'interprète grec ne s'occupe pas de chercher les équivalents respectifs des expressions différentes employées par le jurisconsulte romain ; au lieu de traduire *alius* par ἄλλος et *alter* par ἕτερος, il emploie partout ἕτερος : Τότε διαίσιον ἀληθές ἐστι καὶ ἔρρωται ὡς ἀπροσποίητον, ὅτε γάμος ἕτερος γέγονεν, ἢ τοσοῦτον ἐχῆρευσε χρόνον, ὡς μὴ ἀμφιβάλλεσθαι τὸν γάμον ἕτερον εἶναι.

contracté par la femme avec un autre que son ancien mari — c'est-à-dire que la *retentio propter liberos* ne sera pas exercée à nouveau, à la suite d'une nouvelle union entre les mêmes époux.

L'observation d'Ulpien paraît alors fort naturelle: lorsque, la dot ayant acquitté intégralement la *retentio propter liberos*, le maximum légal s'est trouvé épuisé, et qu'ensuite les anciens époux se sont réunis, rien de plus juste, même en cas de survenance de nouveaux enfants, que de ne pas permettre d'autres retenues *propter liberos*, dont la même personne serait appelée à bénéficier. Si au contraire la femme divorcée a contracté mariage avec un autre époux et que d'autres enfants soient issus de ce mariage, une seconde *retentio* se justifie parfaitement, puisqu'elle ne fait pas double emploi avec la première et qu'elle est exercée au profit d'une famille différente.

Une explication voisine de celle-ci avait déjà été fournie par M. Burchardi; M. Pellat (Textes sur la dot p. 36) la résume ainsi: la *retentio propter liberos* ne peut pas être exercée une seconde fois par le mari qui après avoir divorcé a repris sa femme; mais elle peut l'être par un nouveau mari auquel la femme divorcée se sera unie. — Réduite à ces termes; l'explication nous paraît incomplète; on ne voit pas pourquoi le mari, qui, après un premier divorce a retenu deux sixièmes, à raison de l'existence de deux enfants communs, ne pourrait pas, s'il sermarie avec la même femme et se divorce de nouveau, retenir un sixième de plus, si un troisième enfant est né au cours du second mariage.

La seconde cause de *retentio* est la *retentio propter mores*. Ulpien nous donne à ce sujet les renseignements les plus précis. *Reg.* VI § 12 et 13. « A raison des mœurs, « la rétention est du sixième, si l'atteinte aux mœurs est « grave, du huitième si elle est légère. On n'entend par at-

« teintes graves que les adultères ; toutes les autres fautes
 « sont qualifiées d'atteintes légères. Les mœurs du mari
 « sont également punies ; dans le cas d'une dot restituable
 « par tiers en trois ans, la punition consiste à la rendre sur
 « le champ, si la faute est grave ; par tiers, de six mois en
 « six mois, si la faute est légère. Quant à la dot qui est
 « restituable aussitôt après le mariage dissous, le mari
 « doit rendre sur les fruits, la quantité qui correspond au
 « temps dont la restitution est avancée pour la dot rem-
 « boursable en trois ans. »

La *retentio propter mores* était d'ordre public : on ne pouvait convenir qu'elle n'aurait pas lieu ; sa quotité ne pouvait être ni augmentée, ni diminuée. *L. 5. D. de pact. dot. L. XXIII. t. 4.*

Si le mari avait négligé d'effectuer la *retentio*, il avait la ressource d'obtenir ce qu'il avait restitué en trop au moyen d'une action pénale privée, l'*actio de moribus* ; la même action était accordée à la femme pour contraindre le mari aux restitutions de fruits qui lui étaient imposées comme peine de ses mœurs. L'*actio de moribus* n'était pas absolument soumise aux mêmes règles suivant qu'elle était exercée par la femme ou par le mari ; lorsqu'elle était intentée contre la femme, Gaius nous apprend que le défendeur, même plaidant *suo nomine*, était obligé de fournir la *cautio judicatum solvi*. IV § 102.

Quand l'*actio de moribus* était introduite à raison de l'adultère de la femme, elle venait en concours avec une action criminelle, la *quaestio adulterii*, dont nous avons plus haut exposé les règles : le même fait donnait ainsi naissance à une double répression.

Comparons le *crimen adulterii* et l'*actio de moribus*.

L'*actio de moribus* était une action privée, exercée dans la même forme que toutes les autres actions civiles, et aboutissant à une condamnation pécuniaire, dont profi-

taît la partie lésée. *L. 11, § 3, D. ad. leg. Jul. de adult. L. XLVIII, t. 5*. La loi *Julia* au contraire avait institué pour le jugement du crime d'adultère une *quaestio perpetua* ; la procédure suivie était tout à fait distincte de la procédure ordinaire, et la poursuite avait pour conséquence, lorsque la culpabilité était reconnue, outre une peine corporelle, la rélegation dans une île, une peine pécuniaire, perte de la moitié de la dot, du tiers ou de la moitié des biens suivant les cas, dont le montant était acquis au trésor public, *L. 11, § 3, D. eod. tit.*

Le *crimen adulterii* était un *crimen publicum* ; l'accusation appartenait à toute personne que la loi ne déclarait pas incapable ou indigne : l'*actio de moribus* n'appartenait qu'au mari ou à la femme, ou plus exactement à ceux qui étaient ou avaient été créanciers ou débiteurs de la restitution de la dot ; la loi 11, § 3, *cod. tit.*, nous montre l'*actio de moribus* exercée par le beau-père de la femme.

L'adultère de la femme était seul puni par la loi *Julia* ; l'*actio de moribus* était ouverte non seulement au profit du mari en cas d'adultère de la femme, mais encore au profit de la femme en cas d'adultère du mari ; elle constituait donc le seul mode de répression de l'adultère du mari.

Le *crimen adulterii* pouvait sous certaines restrictions, être poursuivi pendant le mariage, *L. 26, D. eod. tit.* ; l'*actio de moribus* n'était ouverte qu'après le divorce.

Le décès de la femme éteint à son égard le *crimen adulterii* ; l'héritier de la femme n'est pas puni à raison d'un délit qui lui est étranger ; mais le décès du mari n'affranchit pas désormais la femme de l'accusation d'adultère. *L. 14, pr. D. qui et a quibus, L. XL, t. 9* ; l'action étant publique, peut être reprise par les héritiers

du mari comme par toute autre personne. L'*actio de moribus* étant absolument personnelle, *tam a parte actoris quam a parte rei*, et intransmissible aux héritiers, activement et passivement, mais n'étant pas publique, se trouve éteinte par la mort du demandeur, comme par la mort du défenseur : « *de moribus actio ultra personam non extendi non potest: nec in heredem dabitur, nec tribuetur heredi.* » l. 1, *Constantius et Constantinus. C. Theod. de dotibus*, L. III, t. 13, cf. l. 19, § 1, *D. sol. matr.* l. XXIV, t. 3.

Le *crimen adulterii* est prescriptible par cinq ans, à dater du jour du délit et en outre, pour la femme, par six mois à compter du divorce ; l'*actio de moribus* n'est soumise à aucune prescription spéciale.

Les torts réciproques du mari et de la femme donnaient lieu à compensation dans l'*actio de moribus*, l. 39, l. 47, *D. sol. matr.* L. XXIV, t. 1. Cette compensation n'était pas admise dans le *crimen adulterii* ; ainsi la femme ne pouvait se décharger de l'accusation qui pesait sur elle, en accusant à son tour son mari de *lenocinium* ; cette accusation, si le délit est prouvé, peut entraîner pour le mari une condamnation ; elle n'excuse pas la femme, l. 2, § 5, l. 13, § 5, *D. ad leg. Jul. de adult.*, L. XLVIII, t. 5. Sur cette question spéciale, une opinion moins sévère se manifeste à la fin de l'époque classique ; il résulte d'une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien de l'an 295, que le moyen tiré du *lenocinium* du mari, fournissait à la femme une exception aussi péremptoire que la prescription de cinq ans. L. 28, *C. ad leg. Jul. de ad.* L. IX, t. 9.

Lorsque le même fait engendre, à la fois, une action criminelle qui appartient à tout le monde, et une action civile qui appartient à une personne déterminée, en règle générale, l'exercice de l'une laisse subsister l'autre. l. 1. *C.*

quando civ. act. L. IX, t. 31, l. 3. C. ad. leg. Aquil III, 35, l. 9, § 2, de dolo malo IV. 3, l. 1, § 1, vi bon rapt. XLVII, t. 8 (1). C'est ainsi qu'en cas de suppression de testament, on peut agir à la fois par l'interdit *de tabulis exhibendis* et en vertu de la loi *Cornelia testamentaria*; qu'en cas de dépossession violente l'exercice de l'interdit *unde vi* n'empêche pas le recours à l'action instituée par la loi *Julia de vi*, etc. Le *judicium de moribus* apporte à ce principe une exception que la loi 1, *C. Theod. Victum civiliter agere et criminaliter posse*, L. IX, t. 20 déclare unique : « *et quum una excepta sit causa de moribus.* » Le mari qui avait choisi l'action civile *de moribus* ne pouvait ensuite accuser la femme d'adultère *lege Julia*; c'est l'hypothèse de la loi précitée (2). Inversement après avoir formé l'accusation d'adultère, le mari ne pouvait s'en désister, afin de poursuivre une réparation pécuniaire, *lucrum ex dote petere*, au moyen du *judicium de moribus*, l. 11, § 3, *D. ad. leg. Jul. de ad. L. XLVIII, t. 5.*

La dot était encore soumise à rétention à raison des dépenses faites par le mari dans l'intérêt de la dot. Ulpien signale dans le § 14 de notre titre VI trois catégories de

(1) Le cumul est au contraire impossible lorsque au lieu d'être un *crimen publicum*, l'action criminelle est un *crimen privatum*, ne pouvant être exercé que par la partie lésée; celle-ci est tenue de choisir entre la peine criminelle et la peine pécuniaire, et ne peut demander l'une et l'autre. Ainsi le vol était réprimé, non-seulement par l'*actio furti*, mais en outre par un *crimen privatum* qui entraînait des peines corporelles. L. 92, *D. de furtis*. L. XLVII, t. 2. Mais le recours à cette voie emportait renonciation à l'*actio furti*, l. 56, § 1, *D. de furtis*. Une loi *Cornelia* avait admis pour certaines injures une poursuite *extra ordinem* tendant à l'application d'une peine criminelle. *Paul Sent. V, 4, § 3*, il ne s'agissait là que d'un *crimen privatum*. l. 5, § 6, 7 *de inj. D. L. XLVII, t. 10*; les textes nous apprennent que lorsque cette action criminelle était d'abord exercée, l'action civile était refusée et réciproquement l. 6, *D. de inj; Inst. IV. 4, de inj. § 10.*

(2) Cette loi est reproduite dans le code de Justinien, l. un, *quando. civ. act. L. IX, t. 31*, mais avec suppression du passage relatif à l'*actio de moribus*.

dépenses, les dépenses nécessaires, les dépenses utiles et les dépenses voluptuaires.

Les dépenses nécessaires sont, dit-il, celles dont l'omission détériorerait la dot : par exemple, la réparation d'une maison qui menace ruine. Cette définition est complétée par Nératius, *l. 15, D. de imp. in res dot. fact. L XXV, t. 1*; on ne doit considérer comme dépenses nécessaires que les dépenses excédant les frais ordinaires d'administration, *si quid extra tutelam necessariam impensum est*; les dépenses ordinaires, telles que l'entretien des esclaves, les réparations de peu d'importance faites aux bâtiments dotaux, les frais de culture, en un mot ce qu'on appelle les charges usufruitaires, qui sont des dépenses nécessaires en un sens puisqu'elles sont destinées à conserver le fonds, seront néanmoins supportées sans répétition par le mari.

En restituant la dot, le mari peut retenir le montant intégral des dépenses nécessaires. C'était à l'origine son seul droit; s'il avait par erreur négligé d'exercer la *retentio*, aucune action ne lui était accordée pour lui permettre de réparer cet oubli. Le droit classique apporta une modification à cet état de choses; il donna au mari une action qui naquit du développement d'un principe traditionnel, le principe que les impenses nécessaires diminuent la dot de plein droit, *impensæ necessariae ipso jure dotem minuunt*. Cette maxime n'avait anciennement d'autre objet que de rendre possible la compensation *ob impensas neccessarias* dans l'*actio rei uxoriæ*, à une époque où la compensation n'était encore admise dans aucune action (1). Marcellus et Ulpien firent observer que la dot

(1) « Il n'eût guère été possible d'assigner une pareille forme à l'exercice de ce droit de décompte, s'il n'avait été consacré qu'à une époque postérieure où déjà les exceptions fonctionnaient régulièrement. Il est probable qu'il aurait dû être exercé de la même ma-

étant diminuée de plein droit par les dépenses nécessaires, le mari qui la restituait, sans faire la déduction de ces sortes de dépenses, payait en réalité ce qu'il ne devait pas ; il était donc équitable de lui accorder la *condictio indebiti*, comme au mari qui, ayant reçu cent à titre de dot, aurait payé par erreur deux cents. Cette solution, d'abord très-combattue, finit par prévaloir *l. 5, § 2. D. de imp. in res dot. fact. L. XXV, t. 1*, et Paul décide même qu'aucune convention ne peut enlever au mari le droit d'agir à raison des impenses nécessaires, *l. 5, § 2, D. de pact. dot. L. XXIII, t. 4*.

« Les impenses utiles (*Ulp. Reg. VI, § 16*), sont celles
« dont l'omission, il est vrai, ne détériorerait pas la dot,
« mais dont l'exécution a rendu cette dot plus productive,
« tel serait, par exemple, le cas où l'on aurait planté des
« vignes ou des oliviers. » Il est probable qu'à l'origine,
il n'y avait pas de *retentio propter impensas utiles* :
la compensation ne s'opérait pas encore *exceptionis ope*,
et seule la *deductio* des impenses nécessaires avait lieu
ipso jure. Ce résultat n'avait rien de bien rigoureux ; le
mari est tenu de faire les dépenses nécessaires à peine de
dommages-intérêts. *L. 4, D. de imp. in. r. d. f. L. XXV*
t. 1 ; rien au contraire ne l'oblige à faire les dépenses
utiles.

On finit cependant, *œquitatis causa*, par admettre la
retentio propter impensas utiles au profit du mari,
lorsque celui-ci avait agi du consentement de sa femme ;
il avait alors le droit de garder le fonds dotal, *quasi pi-*
gnoris nomine, *L. 5, D. de dote prael. L. XXXIII, t. 4*,
et de ne le restituer qu'après avoir été complètement dé-

« nière que le droit de créance du mari pour les impenses utiles, c'est-
« à-dire comme droit de rétention, *exceptio doli*, cf. *l. 7, § 1. D. de*
« *imp. L. XXV, t. 1, utiles non quidem ipso jure minuunt dotem* » Jhc-
ring. Esprit du droit romain, IV, p. 66.

sintéressé. Si les dépenses utiles avaient été faites par le mari, sans le consentement de sa femme, celui-ci ne pouvait s'en faire indemniser qu'autant que la femme ne serait pas obligée d'arriver, pour les rembourser, à la vente du fonds dotal. *L. 8, D. de imp. in r. d. f.*

A l'époque du droit classique la *retentio propter impensas utiles* ne constituait jamais qu'un moyen de défense; le mari était sans action s'il n'avait pas eu la précaution d'exercer la rétention en restituant la dot. On avait proposé de traiter le mari soit comme un mandataire, soit comme un gérant d'affaires, suivant que les dépenses avaient été faites ou non du consentement de la femme. et de lui donner en cette qualité l'action *mandati contraria* ou l'action *negotiorum gestorum*.

Cette opinion avait été rejetée : le mari, propriétaire de la dot, administre sa propre chose; ce n'est donc ni un mandataire, ni un gérant d'affaires. Aussi Paul qui dans la loi 5, *D. de pact. dot. L. XXIII, t. 4*, discute la validité du pacte *ne ob impensas necessarias* AGERETUR, ne prévoit pas l'hypothèse d'un pacte *ne ob impensas utiles* AGERETUR; du temps de Paul en effet il n'y avait pas d'action *propter impensas utiles*, la question ne se présentait donc pas.

Mais le pacte qui aurait d'avance exclu ou diminué la RETENTIO *propter impensas utiles* aurait dû être déclaré nul comme contraire à l'équité.

On voit qu'il y a dans la forme une différence sensible entre la *retentio propter impensas necessarias* et la *retentio propter impensas utiles*. Marcien en fait la remarque dans la loi 5, *D. de dote prael. L. XXXIII, t. 4*, *aliud est enim, minorem esse factam dotem, quod per necessarias impensas accidit, aliud pignoris nomine retineri dotem ob ea, quæ mulierem invicem præstare æquum est*. Mais cette différence n'a d'autre

cause qu'une diversité d'origine ; elle tient seulement à ce que chacun de ces droits « porte le cachet de son époque respective et l'empreinte du système de procédure « en vigueur lors de sa naissance ; au point de vue pratique, il ne sont que des cas d'application du droit de « rétention, et telle fut aussi à leur égard la manière de « voir des juristes romains. *Ulp.* VI, 9, 14 ; *l.* 56, § 3. *D. de jure dot.* L. XXIII, 3, *retineatur.* » Jhering. *Esprit du droit romain*, IV, p. 66.

Les dépenses voluptuaires sont celles dont l'omission n'aurait pas détérioré la dot, et dont l'exécution ne l'a pas améliorée ; ce qui arrive pour les plantations de bosquets, les peintures, etc. *Ulp.* VI, 17. Ces dépenses ne donnent lieu ni à une *retentio*, ni à plus forte raison à une action, quand même elles auraient été faites du consentement de la femme. Le mari aura seulement le droit d'enlever les choses qui peuvent être détachées du fonds sans le détériorer.

Nous savons que le divorce rend définitivement nulles les donations faites entre époux pendant le mariage. Cette nullité était, entre autres moyens, sanctionnée par la *retentio propter res donatas*. *Ulp.* VII, § 1. Le mari donateur, au lieu de revendiquer si la chose existait encore, ou d'agir par la *conditio ex injusta causa*, si elle n'existait plus, pouvait retenir sur la dot la valeur des choses données.

La prohibition des donations entre époux étant d'ordre public, la *retentio propter res donatas* ne saurait, tant que le mariage dure, être interdite ou limitée par aucun pacte. *l.* 5, 20, *D. de pact. dot.* L. XXIII, t. 4.

Le système des *retentiones propter impensas* ou *propter res donatas*, tel que le droit civil et la jurisprudence l'avaient conçu, fut complété par la juridiction des tribuns. Supposons que le mari, au lieu de donner à sa

femme, se fût simplement obligé pour elle et qu'au moment du divorce il n'ait encore rien déboursé; il lui serait impossible d'exercer la *retentio propter res donatas*. Supposons encore que le mari ait fait une dépense pour la chose de la femme et que la femme n'ayant pas actuellement les moyens de rembourser, le mari consente à restituer tout de suite la dot, sans opérer de *retentio propter impensas*. Dans ces deux hypothèses les tribuns étaient venus au secours du mari et lui permettaient d'exiger de la femme la promesse d'une indemnité. *Ulp.* VII, 3. Cette *stipulatio tribunitia* présentait dans le second cas une utilité incontestable: elle tenait bien pour le mari d'une action, qui lui était refusée par le droit civil; le montant des dépenses utiles d'une part ne put jamais être réclamé qu'*exceptionis ope*, et quant aux dépenses nécessaires, la *condictio indebiti* qui finit par être accordée au mari lorsque la *retentio* n'avait pas été opérée, était irrecevable dans l'espèce, puisqu'il n'y avait pas eu erreur de la part du *solvens*.

Lorsque le mari s'était obligé pour la femme, le profit était moins évident; car la *stipulatio tribunitia* faisait double emploi avec la *condictio ex injusta causa*; peut-être présentait-elle certains avantages que nous ignorons, par exemple, offrait-elle au mari des sûretés particulières grâce à l'emploi de fidéjusseurs.

La cinquième *retentio* signalée par Ulpien VI, 9 est la *retentio propter res amotas* qui s'appliquait aux choses soustraites par l'un des époux à son conjoint pendant le mariage en vue du divorce. La soustraction frauduleuse commise par l'un des époux au préjudice de l'autre est en réalité un vol; on ne l'appelle autrement, *res amotæ*, que *propter reverentiam personarum*, l. 3, l. 29 *D. rer. am. L. XXV, t. 2*; il y a si bien vol que les *res amotæ*, ainsi que les *res furtivæ*, ne sont pas suscep-

tibles d'usucapion, même de la part d'un possesseur de bonne foi *l. 29, D. h. t.*

Le mari, victime d'une soustraction frauduleuse, n'en était pas réduit à exercer la *retentio propter res amotas* ; il aurait été particulièrement injuste, lorsque la dot n'était restituable que *annua, bima, trima die*, de l'obliger à attendre ces échéances pour se faire indemniser ; un délit exige une réparation immédiate : il aurait été singulier en tous cas de traiter le mari plus défavorablement que la femme qui, n'ayant jamais de *retentio* à exercer, avait nécessairement une action *propter res amotas*. Le mari avait donc, lui aussi, un moyen d'attaque, la même *actio rerum amotarum*, qu'il pouvait introduire soit avant d'avoir restitué la dot, soit après la restitution faite, quand il n'avait pas opéré la rétention.

Examinons les caractères essentiels de l'*actio rerum amotarum*. Cette action est donnée aussi bien à la femme contre le mari qu'au mari contre la femme, *l. 2, C. l. 3, § 2, D. h. t.*

C'est une action prétorienne *l. 2, C. h. t.* ; elle a été créée à l'imitation de la *condictio furtiva* dont elle ne diffère guère que par le nom. De même que la *condictio furtiva*, l'*actio rerum amotarum* est une *condictio*, *l. 26, D. h. t.*, c'est-à-dire une action dont l'*intentio* porte que le défendeur doit transférer la propriété de la chose au demandeur, *Si paret N. N. A. A. dare oportere*. Il y a là, comme dans la *condictio furtiva*, une anomalie remarquable ; le demandeur n'ayant pas cessé par suite du détournement d'être propriétaire, il semble qu'il ne peut pas demander à le redevenir une seconde fois. Mais il y avait pour le propriétaire un grand avantage à se présenter comme créancier et à considérer l'auteur du détournement comme débiteur de la chose et débiteur en demeure ; ce point de vue aboutissait aux trois conséquences suivantes,

qui se rencontrent dans l'*actio rerum amotarum* comme dans la *condictio furtiva* : 1^o la revendication n'est donnée contre les héritiers du possesseur qu'autant qu'ils possèdent eux-mêmes ; les héritiers du conjoint sont tenus en cette qualité de l'*actio rerum amotarum* ; car, s'ils ne succèdent pas à la possession de leur auteur, ils succèdent à ses dettes : *heres mulieris ex hac causa tenetur, sicut condictiois nomine ex causa furtiva*, l. 6, § 4, *D. h. t.* ; 2^o l'époux tenu de l'*actio rerum amotarum* est ainsi que le voleur constitué en demeure *ipso facto*, l. 17, § 2, *D. h. t.*, les risques seront à sa charge ; au contraire, poursuivi au moyen de la revendication, il serait libéré si la chose venait à périr par cas fortuit ; 3^o tandis que le défendeur à la revendication obtient son absolution en restituant la chose dans l'état où elle se trouve sans son dol, ni sa faute, dans l'*actio rerum amotarum*, ainsi que dans la *condictio furtiva*, la condamnation se mesure sur la plus haute valeur que la chose a atteinte depuis le jour où elle a été soustraite, l. 29, *D. h. t.*

Notons cependant une légère différence entre l'*actio rerum amotarum* et la *condictio furtiva* ; celle-ci ne se donne jamais que contre l'auteur ou les coauteurs du vol, non contre les complices, l. 6, *D. de cond. furt. L. XIII, t. 1* ; l'*actio rerum amotarum* est donnée contre le conjoint, même simple complice du détournement, l. 19, 20, 21, § 1, *D. h. t.*

Bien que prétorienne, l'*actio rerum amotarum* est perpétuelle et non annale l. 21, § 5, *D. h. t.* ; la raison en est qu'elle tend uniquement à la *rei persecutio*, et que, de plus, loin de combattre le droit civil, elle l'imite et l'adoucit.

Le défendeur à l'*actio rerum amotarum* ne jouit pas du bénéfice de compétence ; l'exception *quod facere potest* n'est pas accordée dans les actions qui naissent d'un délit,

et la soustraction frauduleuse qui donne lieu à l'*actio rerum amotarum* est véritablement un vol, *veritate furtum fit*. l. 29, *D. h. t.* l. 26, *D. h. t.* l. 52, *D. de re jud.* L. XLII, t. 1.

L'action *rerum amotarum* est donnée après le divorce à raison des choses détournées *constante matrimonio* en vue du divorce. Reprenons successivement les termes de cette proposition.

L'action *rerum amotarum* ne peut être intentée pendant le mariage ; elle est alors remplacée par une *condictio ex injusta causa*, l. 25, *D. h. t.* par une action de *damno in factum* l. 2, *C. h. t.* parce que, d'après cette constitution de Dioclétien et Maximien, il n'est pas permis aux époux pendant la durée du mariage d'exercer l'un contre l'autre une action pénale ou infamante ; ces termes ne doivent pas être pris à la lettre ; l'*actio rerum amotarum* n'est pas pénale ; elle est *rei persecutoria* l. 21, § 5, *D. h. t.* ; elle n'entraîne pas non plus l'infamie ; elle est simplement injurieuse.

Ce motif suffit du reste pour qu'elle doive être exclue tant que le mariage n'est pas dissous. Il résulte de là que l'*actio rerum amotarum* s'éteint si les époux contractent ensemble un nouveau mariage, l. 30, *D. h. t.*, mais elle renaîtra, si ce nouveau mariage est suivi d'un nouveau divorce, l. 24, *D. h. t.*

L'*actio rerum amotarum* n'est donnée que si la soustraction a été commise pendant le mariage ; si elle est commise après le divorce, elle constitue un *furtum* ordinaire, et l'époux qui en est l'auteur sera exposé non seulement à la *condictio furtiva*, mais de plus à l'*actio furti* l. 3, *pr. D. h. t.*

Enfin il faut supposer que le détournement a été accompli alors que le conjoint avait le dessein de divorcer, ou qu'ayant été accompli auparavant, il a été dissimulé au

moment du divorce *L. 17 § 1. D. h. t.* L'action est refusée quand le détournement a été opéré en perspective du décès de l'époux propriétaire; l'héritier du conjoint n'a l'action *rerum amotarum* que si, le divorce ayant eu lieu, le conjoint est ensuite décédé; si c'est par la mort de l'époux lésé que le mariage prend fin, l'héritier aura seulement le choix entre la revendication, l'action *ad exhibendum*, la *condictio ex injusta causa* et même la pétition d'hérédité lorsque le conjoint survivant possède *pro possessore* *l. 6 § 4.5 D. h. t.*

En accordant une *condictio* à l'époux victime du détournement, quoique propriétaire, on lui fait une faveur; mais on lui enlève pas pour cela le bénéfice du droit commun; étant propriétaire, il pourra revendiquer ou exercer l'*actio ad exhibendum*.

Il est à peine utile de faire remarquer que la répression civile des délits étant d'intérêt public aussi bien que leur répression pénale, tout pacte qui viendrait d'avance limiter les effets de la *retentio propter res amotas* ou de l'*actio rerum amotarum* serait frappé d'une nullité absolue, *l. 5. D. de pact. dot L. XXIII t. 4.*

Nous terminons l'étude des *retentiones* avec les deux observations suivantes communes aux *retentiones propter res impensas, res donatas vel amotas* 1° ces trois dernières rétentions ont une cause purement pécuniaire, qui n'est mêlée d'aucun caractère pénal, *ad pecuniariam causam respiciunt l. 15. D. sol. matr. L. XXIV. t. 3*; il en résulte que le droit d'opérer ou la charge de subir ces rétentions est pleinement transmissible; elles peuvent être exercées par l'héritier et contre l'héritier. *L. 15. D. eod. tit.* 2° pour le même motif ces rétentions ont lieu, quelque soit le mode du divorce, que le divorce se produise par consentement mutuel ou non, quel que soit, dans ce dernier cas, l'époux dont les torts ont provoqué le

divorce. Nous avons vu qu'il en était autrement de la *retentio propter liberos*, et de la *retentio propter mores*; ces rétentions ne sont pas admises, lorsque le divorce se produit *bona gratia*, et la femme ne les supporte que si la rupture du bien matrimonial est arrivée par sa faute.

Nous avons dit que les *retentiones* n'existaient que dans l'action *rei uxoriae*. Dans l'*actio ex stipulatu* le juge lié par les termes de la stipulation devait condamner le mari à la restitution intégrale de la dot sans aucune déduction. Cependant, en définitif, cette différence était plus apparente que réelle.

Remarquons d'abord que la règle *impensae necessariae ipso jure dotem minuunt* s'appliquait dans l'action *ex stipulatu* comme dans l'action *rei uxoriae*. l. un § 5 C. de rei ux act. L. V, t. 13 : il n'était donc permis au stipulant de réclamer la restitution de la dot que déduction faites des impenses nécessaires ; cette déduction devait peut-être même s'opérer avant l'introduction de l'action et tel était vraisemblablement l'objet du *praejudicium quanta dos sit*. Gaius IV, § 44. Ainsi la dot, quelle qu'en fût la nature, subissait la retenue des impenses nécessaires, et si cette retenue par erreur n'avait pas été opérée, le *solvens* finit par avoir droit à la *condictio indebiti* dans un cas comme dans l'autre.

Il faut observer ensuite que les autres *retentiones*, à l'exception de *retentio propter liberos*, correspondirent toujours à des actions parallèles ; le mari, tenu *ex stipulatu*, pouvait à son tour *agere de moribus*, ou *propter res donatas vel amotas*, et arriver ainsi au même résultat que s'il avait exercé les *retentiones* de l'action *rei uxoriae*. A partir du rescrit de Marc Aurèle, lorsque la compensation fut reçue dans les actions *stricti juris* grâce au moyen de l'*exceptio doli mali*, mari poursuivi en vertu de l'*actio ex stipulatu* put exercer une véritable

retentio en opposant la compensation ; il n'y avait donc plus qu'une différence de pure forme entre la compensation *propter mores res amotas vel donatas* devenue possible *exceptionis ope*, dans l'*actio ex stipulatu* et les *retentiones* admises pour les mêmes causes dans l'action *rei uxoriæ*.

En outre la convention des parties pouvait rendre l'assimilation complète et transporter les *retentiones* dans l'action *ex stipulatu*, grâce à une stipulation particulière ou à un pacte adjoint *in continenti*, qui leur donnait effet *ipso jure*. Il faut même remarquer que les stipulations ou les pactes adjoints qui autorisaient une *retentio* n'étaient pas indistinctement valables ; des retenues exagérées auraient été considérées comme un obstacle à la liberté du divorce et à ce titre déclarées illicites. « On doit se contenter, dit Pomponius, des peines légales ; la stipulation n'est valable que si elle reproduit les peines édictées par les lois », l. 19. *D. de verb. obl. L. XLV, t. 1*. Ainsi aurait été nulle la stipulation *ut dos tota retineretur ob mores*. A l'inverse, les peines résultant du *judicium de moribus* n'étaient pas susceptibles d'être diminuées, *ne publica coercitio privata pactione tollatur*, l. 5. *D. de pact. dot. L. XXIII, t. 4*. De même, aurait été illicite toute stipulation qui eût modifié le droit appartenant au mari d'agir *ob res amotas vel donatas*, ou porté atteinte à la règle : *impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt*, l. 5. *D. cod. tit.*

Le mari, tenu *ex stipulatu* de restituer la dot, pouvait puiser dans une convention spéciale le droit d'exercer une retenue ou même d'agir à raison des impenses utiles. Enfin, l'intérêt des enfants devait rendre fréquente la stipulation : *ut propter liberos retentio fieret*.

CHAPITRE III

DES EFFETS DU DIVORCE DE L'AFFRANCHIE, ÉPOUSE DE SON PATRON QUI DIVORCE, INVITO PATRONO

Anciennement le patron avait le droit de contraindre son affranchie à l'épouser ; il était dès lors naturel que l'affranchie ne pût divorcer *invito patrono*.

Ces conséquences excessives du *jus patronatus* furent restreintes, mais non entièrement abolies, au temps d'Auguste sous le consulat d'Ateius Capito. Désormais le patron ne put épouser son affranchie malgré elle ; cependant si l'affranchissement avait eu lieu *matrimonii causa*, tout autre mariage était interdit à l'affranchie, à moins que le patron ne renonçât à l'épouser, *l. 28, 29, 51. D. de ritu nupt. L. XXIII, t. 2*. Mais si de son plein gré, l'affranchie avait consenti à un tel mariage, la liberté du divorce n'était pas entière pour elle ; le mariage n'était pas dissous en cas d'opposition du patron.

Cependant, si l'affranchie envoyait au patron le *libellus repudii*, bien que le mariage subsistât *ipso jure*, le divorce n'était pas absolument considéré comme nul et non avenu, *non infectum videtur effecisse divortium, l. 11, pr. de div. D. L. XXIV, t. 2*. La femme se trouvait alors placée dans une situation toute particulière, et il y avait là ce qu'Ulpien appelle un *matrimonium separatum, l. 11, pr. D. eod. tit.* A certains points de vue l'affranchie était regardée comme étant encore *in matrimonio* ; ainsi elle restait dans l'impossibilité de contracter un autre

mariage ; elle n'avait pas le droit de réclamer la restitution de sa dot ; le patron ne pouvait intenter contre elle le *crimen adulterii* ou l'*actio rerum amotarum* ; s'il le faisait, il était censé consentir au divorce. *l. 11, pr. et § 1. D. eod. tit.*

A d'autres égards les époux étaient traités comme divorcés ; les donations faites pendant le mariage avant la séparation étaient frappées d'une nullité définitive, *l. 62, D. de don. int. vir. et ux. L. XXIV, t. 1* ; les époux perdaient toute vocation réciproque à la *bonorum possessio unde vir et uxor*, *l. un. D. unde vir et uxor, L. XXVIII, t. 11*. Remarquons que ce dernier effet ne nuisait guère qu'à l'affranchie ; le patron n'éprouvait aucun préjudice, puisqu'il était toujours appelé dans un rang préférable à la succession de l'affranchie, *jure civili*, comme patron, et *jure prætorio*, par la *bonorum possessio unde legitimi* ou *unde patronus*.

Cette situation prenait fin soit par la réunion des époux, auquel cas le mariage était rétabli dans son intégrité, soit par un divorce proprement dit, ce qui intervenait lorsque le patron perdait sa qualité de patron ou qu'à son tour il consentait au divorce ; le consentement du patron au divorce pouvait d'ailleurs être exprès ou tacite, *l. 11, D. de div. L. XXIV, t. 2*.

CONCLUSION

Nous avons décrit les traits principaux de la législation romaine sur les effets du divorce pendant la période assez longue qui s'étend du règne d'Auguste à celui de Dioclétien.

Cette législation est dominée par le principe de la liberté du divorce ; le mariage est considéré comme une union d'institution humaine et par conséquent dissoluble ; il ne consiste que dans l'*affectio maritalis* ; il doit prendre fin lorsque cette *affectio* vient à cesser. Il paraissait aussi contraire aux bonnes mœurs de maintenir les époux dans les liens du mariage par la perspective d'une peine, que de rendre obligatoire par le même moyen la promesse d'un mariage futur, *inhonestum visum est, vinculo pœnæ matrimonai obstringi, sive futura, sive jam contracta. l. 134. D. de verb. obl. L. XLV, t. 1*. Les pénalités, d'ailleurs légères, qui dans certains cas pouvaient accompagner le divorce, étaient la punition, non du divorce, mais de la faute qui y avait donné lieu ; d'où l'absence de tout obstacle au divorce par consentement mutuel.

Ces idées devaient être combattues par le Christianisme qui proclamait au contraire le principe de l'indissolubilité du mariage, principe qui mit plusieurs siècles à triompher d'une façon complète, mais qui dès son apparition exerça une action violente sur la législation.

Dès que le christianisme arrive au pouvoir avec Constantin, cette action se fait sentir avec force, et dès le début il ne reste presque plus rien des règles anciennes, *l. 1. C. Th. de. rep. L. III, t. 16* ; les causes du divorce sont rigou-

reusement limitées aux crimes les plus graves ; la nature de ses effets est transformée ; le divorce par consentement mutuel est aboli. Un pareil changement devait nécessairement provoquer des réactions ; il y eut une longue période de transition pendant laquelle des revirements continuels se produisent, qui rendent la législation presque insaisissable ; les modifications législatives se succèdent tous les vingt ans ; le divorce par consentement mutuel, pour n'en donner qu'un exemple, est successivement aboli et rétabli cinq fois jusqu'à Justinien qui l'abolit de nouveau.

Au milieu de cette confusion les idées juridiques s'altèrent et disparaissent devant des préoccupations religieuses étrangères au génie du peuple romain. On peut dire que le divorce considéré comme institution romaine n'existe plus après le règne de Dioclétien ; c'est pour ce motif que nous avons limité à cette époque l'étude de ses effets.

DROIT FRANÇAIS

POINT DE DÉPART

DES

DIFFÉRENTS EFFETS DU DIVORCE

INTRODUCTION

Le mariage apporte une modification profonde à l'état des personnes ; il fait naître entre les deux époux des droits et des devoirs respectifs ; il donne au mari, comme chef de la société conjugale un droit de puissance sur la personne de la femme ; il est la source de la parenté légitime et il crée les relations de l'alliance. En entraînant l'adoption nécessaire d'un régime matrimonial, il influe également sur les droits pécuniaires des conjoints et donne lieu à l'établissement de règles particulières en ce qui concerne l'administration de leurs biens.

Lorsque le divorce opère la dissolution du mariage et par suite met fin au régime matrimonial, les effets que la loi ou les conventions avaient attachés à l'union conjugale, tout en subsistant pour le passé, ne se produisent plus à l'avenir. Il importe donc de déterminer avec exactitude le moment précis où le mariage est dissous, à partir de quelle époque le mari perd ses pouvoirs, la femme est relevée

de son incapacité, la composition de leurs patrimoines se trouve fixée, à dater de quel jour, en un mot, le mariage cessant d'exister, ses effets cessent de se produire, soit à l'égard des époux, soit vis-à-vis des tiers.

Sous l'empire du Code civil et jusqu'à la loi du 18 avril 1886, la question ne présentait pas de difficulté. Le divorce était prononcé par l'officier de l'état civil ; la dissolution du mariage résultait de cette déclaration solennelle, prononcée à un moment déterminé, qui pouvait être exactement connu, et son effet était aussi instantané, aussi plein et aussi absolu, que lorsqu'elle résultait du décès de l'un des conjoints. A l'égard de tout le monde le mariage subsistait sans diminution jusqu'à la dernière minute qui précédait la prononciation du divorce ; aussitôt après, il n'existait plus à aucun point de vue à l'égard de personne (1).

Un pareil système avait l'avantage d'établir dans le temps une ligne de démarcation très-nette entre le mariage et le divorce (2). On pouvait le blâmer de ne pas avertir suffisamment les tiers de la situation nouvelle faite aux époux et de rendre ainsi possibles à leur encontre les fraudes que la loi a voulu empêcher en établissant la publicité de la séparation de biens et de la séparation de corps. Les lois du 20 septembre 1792 avaient montré plus de prévoyance et avaient pris quelques précautions. Dans cette

(1) « Les effets du divorce ont pour point de départ le prononcé qui en est fait par l'officier de l'état civil. » Letellier, rapporteur de la loi de 1884 (Loi sur le divorce n° 293, p. 232).

(2) « Ne vaut-il pas mieux assigner à la dissolution du mariage un instant précis, incontestable, ainsi que le fait le régime du Code civil?... Le divorce dépend du prononcé par le maire de l'acte de divorce, et cet acte a non seulement une date, mais une heure déterminée d'une façon authentique. Par exemple le divorce n'existait pas à midi, il existe à deux heures, sans que personne puisse douter du moment précis où le maire a prononcé la formule sacramentelle. » M. Labiche, au Sénat, 13 déc. 1883, *J. Off. Sénat. Débats*, p. 1298.

législation comme dans celle du Code civil « la dissolution « du mariage était prononcée par l'officier public » et il en était dressé acte (Décret qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens, 20 septembre 1792, titre IV, section 5, art. 2 et s.) ; mais de plus, « tout acte de divorce « était sujet aux mêmes formalités d'enregistrement et « publication que l'étaient les jugements de séparation ; « et le divorce ne produisait à l'égard des créanciers des « époux que les mêmes effets que produisaient ces séparations de corps ou de biens. » (Décret qui détermine les causes, le mode et les effets du divorce, 20 septembre 1792, § 3, art. 11).

Ce système, moins simple que celui qui devait lui succéder, présentait plus de garanties ; la jurisprudence s'est chargée plus d'une fois d'en démontrer l'utilité (V. Cass. 1^{er} messidor an XI, Sirey C. N. I, 1, 819. Cass. 5 janvier 1830, Sirey C. N. IX, 1, 421), et la loi du 18 avril 1886 s'en est inspirée en édictant dans l'art. 250 la publication par extraits du jugement qui prononce le divorce, analogue à la publication des jugements de séparation de biens ou de séparation de corps prescrite par les art. 1445 C. C. 872 et 880, C. P. C.

Mais la loi du 18 avril 1886 ne s'est pas bornée à rétablir une législation plus ou moins voisine de la législation de 1792 ; elle est partie d'un point de vue beaucoup plus large que celui de toutes les lois qui l'avaient précédée. Son but a été de concilier et de protéger tous les intérêts. Le Code civil n'en protégeait aucun ; la prononciation du divorce avait à l'instant même un effet absolu à l'égard de tout le monde ; tant pis pour ceux que l'événement surprenait ; tant mieux pour les habiles qui avaient su le prévoir et en profiter. Les lois du 20 septembre 1792 ne protégeaient que *les créanciers des époux* ; elles ne se préoccupaient que d'une chose, assurer à l'égard des créanciers la publi-

cité du divorce et empêcher par là que le divorce ne pût être exécuté en fraude de leurs droits. Mais ce à quoi ni le Code civil ni les lois de 1792 n'avaient songé, c'était à sauvegarder les droits respectifs des époux en présence de l'éventualité d'un divorce. Il fallait empêcher que pendant l'instance l'un des époux n'eût la tentation d'arranger ses affaires à son avantage particulier au détriment de son conjoint, protéger chacun d'eux contre le mauvais vouloir de l'autre, ôter à chacun tout intérêt pécuniaire à traîner le procès en longueur par des artifices de procédure, en un mot assurer également la conservation des droits du mari et de la femme contre l'état d'hostilité où de pareils débats jettent fatalement les deux époux. La loi du 18 avril 1886 a senti cette nécessité et elle y a pourvu, en édictant dans l'art. 252 la rétroactivité entre époux du jugement de divorce.

Il est résulté de cette innovation qu'il n'est plus possible comme autrefois de fixer d'une façon précise et unique le moment de la dissolution du mariage et l'époque à laquelle les effets du divorce commencent à se produire ; qu'il existe une période qui, à certains points de vue, n'est plus le mariage et qui, à d'autres, n'est pas encore le divorce ; il n'y a plus, comme sous l'empire du Code civil et de la loi du 19 juillet 1884, passage brusque et immédiat d'un état à un autre ; le mariage devient le divorce par une espèce de transition.

La loi, en devenant plus prévoyante, est devenue plus complexe ; au lieu d'une date unique, celle de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil, qui fixait à tous égards le moment de la dissolution du mariage, les effets du divorce ont maintenant, en quelque sorte, un double point de départ.

Voici en peu de mots quel est le système actuel. C'est l'autorité judiciaire qui prononce le divorce : à partir du moment où le jugement est rendu, le divorce constitue

pour chacune des deux parties un droit acquis ; le jugement de divorce, comme tout jugement, n'est pas la propriété exclusive du demandeur ; il profite également au défendeur, à l'époux coupable comme à l'époux innocent ; l'un comme l'autre a la faculté de s'en prévaloir et de lui donner effet par la transcription. Car, bien que le divorce soit prononcé, il ne se réalise pas immédiatement ; le jugement ne produit effet que par sa transcription sur les registres de l'état civil, et à partir de cette transcription : par cette transcription le divorce ne devient pas seulement un fait irrévocable ; c'est grâce à elle qu'il devient un fait positif (1) ; en principe c'est le moment de la transcription qui est celui de la rupture du lien conjugal. Mais ce principe subit dans l'art. 252 une large exception que nous avons signalée plus haut ; elle consiste dans la rétroactivité du jugement de divorce, innovation capitale de la loi de 1886 ; le jugement de divorce dûment transcrit a un effet rétroactif au jour de la demande, c'est-à-dire qu'à certains points de vue le mariage est censé avoir pris fin à partir de ce jour.

Nous nous proposons de faire la démonstration de cette théorie, de déterminer quels sont les effets du divorce qui ont pour point de départ le jour de la demande, quels sont les effets qui se rattachent au jour de la transcription ; tel est l'objet de ce travail.

Notre étude se divisera en deux parties : la première comprendra la recherche des principes ; la seconde, l'examen de leurs applications. Dans l'une et l'autre partie notre plan sera l'ordre chronologique dans lequel se produisent les effets du divorce ; nous aborderons en premier lieu les effets de la demande ; nous passerons ensuite à ceux de la transcription.

(1) M. Brisson, garde des Sceaux. « Cette disposition (celle qui établit la transcription) organise la manière dont le divorce... deviendra désormais un fait *positif et irrévocable*. » (*J. Off., Sénat, Débats*, 13 décembre 1885, p. 1299).

PREMIÈRE PARTIE

PRINCIPES

CHAPITRE PREMIER

LA DEMANDE EN DIVORCE OPÈRE DISSOLUTION DU
RÉGIME MATRIMONIAL DANS LES RAPPORTS DES
ÉPOUX ENTRE EUX.

Aux termes de l'article 252 (nouveau) du Code civil, le jugement de divorce dûment transcrit remonte quant à ses effets entre époux au jour de la demande. Comment se justifie et à quels effets s'applique la rétroactivité du divorce à l'égard des époux ? Pourquoi la rétroactivité n'existe-t-elle pas vis-à-vis des tiers ? Que faut-il entendre par *tiers* ? Qu'est-ce que le *jour de la demande* ? Telles sont les questions que nous devons examiner.

§ 1^{er}

Comment se justifie et à quels effets s'applique la rétroactivité du divorce à l'égard des époux.

On peut expliquer et on a expliqué de deux façons la disposition de l'article 252. Les uns ont vu dans la rétro-

activité du jugement du divorce l'application d'un principe de droit commun ; la disposition de l'art. 252 est même surperflue ; elle aurait dû être sous-entendue. Il résulte de là qu'il ne faut pas hésiter à donner à l'art. 252 une portée aussi générale que possible : l'effet du divorce étant de dissoudre le mariage, la dissolution du mariage doit être censée, quant aux époux, s'être produite le jour de la demande.

En faveur de ce premier système on invoque le principe que tout jugement a un effet rétroactif au jour de la demande, c'est-à-dire que le demandeur, s'il obtient gain de cause, doit être mis en l'état où il se serait trouvé si le jugement avait été obtenu à ce moment. Il ne faut pas que le défendeur puisse trouver un intérêt quelconque à traîner les choses en longueur, à multiplier les incidents et les chicanes pour contrarier la juste demande de son adversaire. Lorsque l'un des époux réclame la dissolution du mariage et que sa demande est reconnue fondée, le mariage doit être réputé dissous du jour où la demande a été formée.

C'est ainsi que l'on raisonne en matière de séparation de biens ou de séparation de corps, dans des matières où l'analogie est sensible, lorsque le demandeur, au lieu de demander comme au cas de divorce la rupture complète, absolue et définitive du lien conjugal, se contente de demander le relâchement de ce lien ou simplement la modification des conventions matrimoniales.

D'après l'article 1445 C. civil, le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande. Pothier nous apprend que tel était déjà l'usage du Châtelet de Paris, et voici comment il justifie cette pratique : « La raison de cet usage est, dit-il, (Traité « de la Communauté, n° 521), qu'étant établi par la sentence de séparation qui a fait droit sur la demande de la

« femme qu'elle a eu un juste sujet de demander la dissolution de la communauté, cette dissolution de communauté était une justice qui lui était due dès le jour qu'elle l'a demandée, dont l'effet ne doit pas être retardé par la procédure qu'il faut faire pour parvenir à la sentence de séparation, que les chicanes du mari font souvent durer pendant un très long temps, avant que de parvenir à la sentence ». L'argumentation peut être transportée presque sans aucun changement dans la matière du divorce.

De même, malgré l'absence d'un texte formel, une jurisprudence constante décide que le jugement de séparation de corps produit entre les époux un effet rétroactif au jour de la demande, et elle voit dans cette rétroactivité l'effet normal et ordinaire de tout jugement. Cette explication est très-nettement formulée dans un arrêt de la Cour de Cassation du 12 mai 1869 (Sirey 1869. 1. 301): « Les jugements étant déclaratifs et non attributifs des droits qu'ils consacrent, leurs effets remontent à l'égard des parties en cause au jour de la demande, et par conséquent la dissolution de la communauté produite par la séparation de corps remonte, quant au mari, au jour où par une demande en séparation de corps, la femme a manifesté l'intention de mettre fin à la société conjugale. »

Nous n'adoptons pas cette manière de voir. Pour nous, l'article 252 constitue une dérogation aux principes ; c'est une exception, qu'il était nécessaire de formuler expressément, qui doit être entendue dans un sens restrictif, et dont la portée se trouve limitée par le but à atteindre. Il ne s'agit plus alors que de rendre compte du motif de cette exception ; l'explication une fois donnée, il sera facile de déterminer le champ d'application de l'article 252 ; partout où le motif de l'exception aura lieu, l'effet rétroactif

se produira ; lorsque ce motif fera défaut, on devra écarter la rétroactivité.

Il est inexact de poser en thèse générale que tout jugement a un effet rétroactif au jour de la demande. Le principe de la rétroactivité des jugements suppose que le juge ne fait que déclarer des droits préexistants, tandis que le divorce vient détruire un état et lui en substituer un nouveau ; cet état nouveau ne commence d'exister qu'à la date du jugement qui le déclare et n'a d'effet que pour l'avenir ; c'est l'autorité du juge qui réalise le divorce : ce n'est pas la résistance du défendeur qui rend l'intervention du juge nécessaire. La rétroactivité est d'ordinaire la peine de la résistance injuste que le défendeur oppose à la demande : le défendeur aurait dû acquiescer ; pour ne l'avoir pas fait, il est en faute et c'est comme réparation de cette faute qu'on lui impose la restitution des fruits, qu'on fait courir contre lui les intérêts, qu'on met les risques à sa charge. Ces raisons ne peuvent être alléguées en cas de divorce ; la rétroactivité n'a pas pour objet de punir le défendeur de sa résistance, puisque la demande n'est pas susceptible d'acquiescement. Les motifs qui justifient la rétroactivité des jugements en général demanderaient au contraire que le jugement de divorce n'eût point d'effet rétroactif.

Le rapprochement que l'on établit entre le jugement de divorce et le jugement de séparation de biens ou de corps, loin de fournir aucun argument en faveur du premier système, permet au contraire, lorsqu'on l'étudie de près, d'apercevoir le bien fondé de notre théorie. C'est également à titre exceptionnel que la séparation de biens rétroagit au jour de la demande ; logiquement elle ne devait exister qu'à partir du jugement qui la prononce. Pothier, qui dans le passage cité plus haut reproduit les motifs que les praticiens du Châtelet de Paris assignaient à la

rétroactivité de la séparation de biens, a bien soin d'établir préalablement les véritables principes, suivant lesquels la séparation de biens n'aurait pas dû rétroagir. Communauté, n° 521 : « Il y a une différence entre les sociétés ordinaires et la communauté entre homme et femme. Si dans les sociétés ordinaires la société est censée dissoute du jour de la demande en dissolution de société, c'est que, dans les sociétés ordinaires, la demande que je donne contre mon associé, pour la dissolution de la société, ... met mon associé en demeure de la dissoudre... Au contraire la communauté qui est entre un mari et une femme, ne pouvant se dissoudre que par la sentence du juge, n'étant pas au pouvoir du mari d'acquiescer à la demande en séparation qui est donnée contre lui, il paraîtrait que la communauté dût subsister jusqu'à la sentence et qu'on ne pût pas même dire que le mari est, par la demande, mis en demeure de la dissoudre ». Si la séparation de biens rétroagit, c'est pour une raison particulière, c'est afin d'empêcher que dans l'intervalle des procédures la ruine de la femme ne soit consommée par le mari, Colmet de Santerre, VI, 94 bis, I, Laurent, XXII, n° 337 ; et c'est pour ce motif que cette rétroactivité est absolue et se produit aussi bien à l'encontre des tiers qu'à l'égard des époux.

Quant à la rétroactivité de la séparation de corps, telle que la jurisprudence l'a instituée, purement relative aux époux, sans effet à l'égard des tiers, elle présente une analogie frappante avec la rétroactivité du divorce : mais il serait encore plus téméraire d'en tirer argument, puisque son existence même fait l'objet de la plus sérieuse controverse. La séparation de corps, dit-on, emporte séparation de biens : donc on doit étendre à la séparation de corps l'art. 1445 du Code civil qui fait remonter la séparation de biens au jour de la demande. Il est difficile de se faire illu-

sion sur la valeur de ce motif d'analogie : si le jugement qui prononce la séparation de biens rétroagit, c'est en vue de garantir la dot et les reprises de la femme ; or la séparation de corps n'est pas prononcée à raison des intérêts pécuniaires de la femme ; il n'y a donc pas même raison de faire rétroagir la séparation de biens qui en résulte.

C'est alors qu'on fait intervenir les considérations déjà réfutées par lesquelles les partisans du premier système essaient d'expliquer la rétroactivité de la séparation de biens, le principe soi-disant général en vertu duquel tous les jugements sont déclaratifs et non attributifs des droits qu'ils consacrent. Nous avons vu ce qu'il faut penser de ces affirmations ; il est des décisions judiciaires qui ne se bornent pas à consacrer un droit préexistant et qui constituent un état nouveau ; c'est le cas du jugement de corps, comme du jugement de séparation de biens. Le lien conjugal ne peut être relâché que par la sentence du juge ; le défendeur à la demande en séparation n'est pas mis en demeure par cette demande, puisqu'il n'est pas libre d'y acquiescer. Dès lors la rétroactivité, si on admettait son existence, ne présenterait plus un caractère normal, mais serait une particularité tout à fait exceptionnelle.

Pourquoi d'ailleurs limiter aux époux l'effet rétroactif du jugement de séparation de corps ? n'est-ce pas de la part de la jurisprudence l'aveu le plus formel de la nature exceptionnelle de ses décisions.

Le motif juridique, par lequel elle tente d'expliquer la distinction qu'elle fait entre les époux et les tiers, ne supporte pas un instant l'examen. Suivant la Cour de Cassation 12 mai 1869. S. 1869. 1. 301, si, d'après l'article 1445 du Code civil, le jugement de séparation de biens remonte pour ses effets au jour de la demande, cette disposition regarde moins le mari, pour lequel elle était

inutile, que les tiers; elle n'est que le corollaire des dispositions qui prescrivent dans l'intérêt des tiers l'accomplissement des formalités destinées à assurer la publicité des demandes en séparation de biens; la loi n'a admis la rétroactivité à l'égard des tiers qu'à la condition de rendre publique la demande; mais la demande en séparation de corps n'est assujettie à aucune publicité; dès lors les tiers n'ayant pas été avertis de la demande, étant restés étrangers à l'instance qui en a été la suite, ne peuvent se voir opposer cette instance.

Cette explication est insoutenable. L'art. 1445 établit d'une manière absolue le principe de la rétroactivité, sans aucune distinction, à l'égard des tiers comme à l'égard des époux; cependant il n'édicte pas la publication de la demande; il se contente d'ordonner la publication du jugement.

La jurisprudence actuelle en matière de séparation de corps est née des besoins de la pratique; injustifiable en droit pur, elle s'explique par des considérations toutes spéciales, que les tribunaux, pour ne pas avoir l'air de se substituer trop ouvertement au législateur, ont essayé de dissimuler sous des motifs tirés du droit commun.

Du jour, en effet, où, après une conciliation vainement tentée par le président du tribunal, la demande est formée, il se produit une division immédiate des intérêts respectifs des époux. La vie commune, en vue de laquelle les époux avaient réglé leur régime matrimonial, venant à cesser, on comprendrait difficilement que ce régime restât en vigueur durant l'instance. Dans l'état d'hostilités où la demande en séparation de corps place les époux à l'égard l'un de l'autre, le système contraire pourrait entraîner les plus graves inconvénients (Aubry et Rau, t. V, § 494, 3^o note 18). Laisser au mari son pouvoir presque illimité sur les biens de la communauté, maintenir à son profit la

dispense de rendre compte, c'aurait été mettre la femme à la merci des dissipations prodigues, malveillantes ou frauduleuses de son mari. L'administration du mari ne présente de garanties qu'à raison de la vie commune et de l'affection qui unit les époux. Quand ces conditions n'existent plus, lorsque la surveillance de la femme cesse avec la vie commune, lorsque l'affection a fait place à la haine, toute garantie fait défaut. La jurisprudence a tâché d'atténuer les périls de la situation en imaginant la rétroactivité de la séparation de corps. En même temps elle a limité l'effet de cette rétroactivité aux rapports respectifs des époux : la protection accordée à la femme aurait peut-être été plus efficace, si l'effet rétroactif avait été opposable aux tiers ; mais donner à la demande effet à l'égard des tiers, c'eût été provoquer leurs agissements, légitimer leur intervention dans un but pécuniaire, et il y aurait eu probablement plus d'inconvénients que d'avantages à intéresser les tiers aux résultats de débats d'une nature aussi personnelle et d'un caractère aussi intime.

Il n'est donc pas possible de se fonder sur l'effet rétroactif de la séparation de corps pour soutenir que l'effet rétroactif du divorce est l'effet ordinaire de tout jugement, une application pure et simple du droit commun. Il ressort au contraire de tous les précédents que cet effet rétroactif du divorce est un effet anormal, décrété, en dehors des principes, par la souveraineté du législateur. Cette induction est confirmée par les travaux préparatoires de la loi du 18 avril 1886.

La disposition finale de l'article 252 n'apparaît que fort tard dans la rédaction de la loi. Le projet de loi présenté au Sénat le 11 juin 1835 par M. Brisson, garde des sceaux (1), qui remplaçait la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil par la transcription du jugement de

(1) *Journal Officiel*, Sénat 1885, annexes, p. 209.

divorce, ne contenait aucune disposition spéciale en ce qui concerne la rétroactivité de ce jugement ; il n'en est pas davantage question dans le projet de la commission du Sénat et le rapport de M. Labiche (1) ; ni dans le deuxième projet de la commission et le deuxième rapport de M. Labiche (2), ni lorsque la loi est votée en première délibération (séance du 7 décembre 1885) (3). Notre texte fut introduit pour la première fois dans le texte modifié proposé par la commission du Sénat en deuxième délibération (séance du 24 décembre 1885) (4). M. de Gavardie réclama des explications à ce sujet ; il critiqua la disposition comme inutile puisque, disait-il, il était de principe incontestable et incontesté que l'effet d'un jugement remonte au jour de la demande.

Cette assertion fut rectifiée par M. Labiche, rapporteur de la loi, qui démontra au Sénat que la rétroactivité n'allait pas de soi, « parce que les jugements qui prononcent la séparation de corps ou le divorce ne sont pas comme ceux qui prononcent la séparation de biens (5), déclaratifs de droits antérieurs, mais constitutifs d'un état nouveau. Aussi, jusqu'à présent, quoiqu'en dise notre honorable collègue, les jugements en séparation de corps ou en divorce (6) n'ont jamais produit d'effets, même entre époux, que du jour du prononcé de l'arrêt ou du

(1) *Journal Officiel*, Sénat 1885, annexes, p. 296.

(2) *Journal Officiel*, Sénat 1885, annexes, p. 30.

(3) *Journal Officiel*, Sénat 1885, débats, p. 1260.

(4) *Journal Officiel*, Sénat 1885, débats, p. 1368.

(5) L'exemple est mal choisi ; le jugement de séparation de biens est, comme les deux autres, attributif de droits. Aussi voit-on, dans la même séance, M. Batbie relever cette inexactitude et faire observer que « le jugement de divorce comme celui de séparation de biens crée un état nouveau. »

(6) M. Labiche invoque à tort les précédents en matière de divorce ; quand le divorce était un acte de l'état civil et que le juge se bornait à autoriser cet acte, il était impossible de songer à attribuer au jugement un effet rétroactif ; la rétroactivité n'aurait eu d'autre conséquence que de faire rétroagir l'autorisation du juge, ce qui n'a ni sens,

« jugement. La disposition que nous vous proposons ne maintient donc pas, comme le suppose M. de Gavardie, le régime actuel; mais elle constitue une innovation. » Ces paroles renferment quelques inexactitudes; mais la pensée de la loi n'en est pas moins fort claire: le jugement de divorce est un jugement attributif de droits; normalement ce jugement n'aurait pas dû rétroagir; c'est par exception aux principes que les effets de ce jugement remontent entre époux au jour de la demande.

Nous remarquerons incidemment que la discussion de la loi de 1886 n'est guère favorable au système de la rétroactivité de la séparation de corps. On déclare que l'art. 252 établit une disposition d'un caractère extraordinaire, qui ne résulte pas des principes généraux, qu'il ne serait pas permis de suppléer dans le silence de la loi, qui n'a d'existence qu'en vertu de la toute puissance du législateur; il aurait donc été nécessaire de formuler expressément cette innovation en matière de séparation de corps, comme on le faisait en matière de divorce; loin de là, l'art. 307 qui rend applicable à la séparation de corps un certain nombre d'articles écrits pour le divorce laisse de côté l'art. 252; bien plus, la rétroactivité du jugement de séparation de corps est formellement déniée par le rapporteur de la loi. Malgré ces apparences, il n'est pas douteux cependant que la jurisprudence ne puise précisément dans la loi du 18 avril 1886 une force nouvelle et n'y voie la consécration de ses théories; jusqu'à présent, elle avait été obligée de constater entre la séparation de corps et le divorce un défaut d'harmonie souvent exploité à son détriment; elle avait posé comme règle en d'autres circonstances, que les dispositions du Code civil sur les

ni utilité, et non le divorce lui-même. Pour que la rétroactivité du divorce puisse être considérée comme l'effet d'un jugement, il est de toute nécessité que le divorce même soit l'effet de ce jugement; et il n'en est ainsi que depuis la loi du 18 avril 1886. — M. Labiche semble aussi ignorer la jurisprudence reçue en matière de séparation de corps.

effets du divorce, en tant qu'elles ne sont pas inconciliables avec la séparation de corps en doivent aussi régler les effets (1); on avait prétendu que sous le rapport auquel nous plaçons, la séparation de corps et le divorce devaient être mis sur la même ligne. Le divorce, disait-on, n'a pas d'effet rétroactif; cela n'est pas contesté; donc il doit en être de même de la séparation de corps (2). Désormais la jurisprudence cesse de se trouver en contradiction avec les principes qu'elle avait établis; elle se trouve par là même confirmée. Quoi qu'ait pu dire le rapporteur, c'est évidemment de la jurisprudence suivie en matière de séparation de corps que la commission s'est inspirée en adoptant l'amendement qui forme la disposition finale de l'art. 252; l'origine de cette disposition ne s'explique pas autrement. Le législateur, en faisant remonter le jugement de divorce au jour de la demande quant à ses effets entre époux, a donné une sanction implicite à la jurisprudence de la Cour de cassation. C'est donc très-justement qu'un auteur (3), résumant l'œuvre

(1) Cass. Ch. réunies, 23 mai 1845. Sirey, 1845, 1, 321.

(2) Laurent, t. XXII, n° 338, p. 350.

(3) M. Paul Pic, *Recueil périodique et critique de la jurisprudence en matière de divorce*, n° 1, 2 (janvier, février 1887). M. Paul Pic démontre très bien que l'art. 252 in fine a eu simplement pour but d'étendre au jugement de divorce, quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux, la théorie jurisprudentielle sur la rétroactivité entre les époux de la séparation de biens, accessoire de la séparation de corps. Mais il va trop loin en disant que le législateur de 1886 n'a fait probablement que devancer la jurisprudence qui, suivant lui, n'avait pas eu le temps de se fixer en ce sens, le divorce n'ayant été rétabli qu'en 1884. M. Paul Pic prétend que les tendances de la jurisprudence se trouveraient nettement indiquées dans les considérants de l'arrêt de Cassation du 12 mai 1869, Sirey, 1869, 1, 301, qui contient la phrase suivante sur la portée de l'art. 271 ancien, article du titre du divorce étendu à la séparation de corps : « d'après l'art. 271, les obligations « contractées par le mari à la charge de la communauté, postérieure-
« ment à l'ordonnance..., n'étaient nulles, sauf, bien entendu, indem-
« nité au profit de la femme contre le mari, que si elles avaient été
« faites en fraude, etc... etc. »

Aux yeux de M. Pic « l'expression, *sauf indemnité*, paraît bien signi-

de la loi de 1886 en ce qui concerne la rétroactivité du jugement de divorce, y a vu la consécration de la jurisprudence antérieure sur l'effet rétroactif entre époux de la séparation de biens, accessoire de la séparation de corps, et l'extension de cette jurisprudence, *mutatis mutandis*, à la matière du divorce.

Quelle est la raison d'être de la rétroactivité du jugement de divorce? Nous trouvons une réponse à cette question dans les travaux préparatoires. Voici l'explication fournie

« fier que dans leurs rapports respectifs, les époux divorcés doivent
« liquider la communauté dans l'état où elle se trouvait au jour de
« la demande, d'où le droit pour la femme de se faire indemniser des
« sommes que la communauté aurait payées à des créanciers du mari
« nés depuis la demande. »

Ces inductions nous paraissent tout à fait erronées. Il était impossible autrefois que la communauté fût réputée dissoute du jour de la demande : la rétroactivité n'est compréhensible que comme un effet du jugement, et le jugement avant 1886 ne prononçait pas la dissolution de la communauté. Sous l'empire de la loi du 21 septembre 1792, les époux étaient le plus souvent en droit de se présenter *de plano* devant l'officier de l'état civil ; comment concevoir dans ce système que la dissolution de la communauté fût reportée à une date antérieure à cette comparution ? Or le Code civil, comme la loi de 1792, fait résulter le divorce de sa prononciation par l'officier de l'état civil ; il n'a pas modifié en ce qui concerne les époux, les effets de cette prononciation. Les auteurs étaient unanimes à enseigner que la communauté n'est dissoute que du jour de la prononciation du divorce ; de 1803 à 1816 la jurisprudence n'a jamais soulevé la moindre contradiction, et cependant dès cette époque elle admettait comme incontestable l'effet rétroactif de la séparation de corps. Bruxelles, 28 mars 1810. Sirey, C. N. 3, 2, 240 ; elle n'a jamais songé à étendre cet effet rétroactif au divorce. De 1884 à 1886, nous ne relevons qu'une seule décision. Trib. de la Seine, 3 mai 1885. *Gaz. des Trib.*, 3 mai 1885 ; d'après ce jugement la dissolution du mariage s'opère par l'acte même du divorce dressé à la mairie, sans remonter jamais, soit au jour du jugement, soit au jour de la demande.

Quant au considérant de l'arrêt de 1869, il signifie simplement qu'à partir de l'ordonnance du président le pouvoir discrétionnaire du mari sur les biens communs est provisoirement suspendu ; qu'à partir de ce jour le mari cesse d'être le chef irresponsable de la communauté pour devenir administrateur comptable ; mais on conçoit très bien que néanmoins la communauté subsiste jusqu'au moment de la prononciation du divorce, que jusque là elle puisse s'augmenter par des acquisitions nouvelles, que de même elle puisse être diminuée,

au Sénat par le rapporteur de la loi, M. Labiche (*Journal Officiel* 1885. Sénat, p. 1368), dans la séance du 24 décembre 1885. « Comment se justifie cette innovation ? Elle
 « a pour objet d'enlever aux époux la faculté de modifier
 « en ce qui les concerne le patrimoine de la communauté,
 « en avançant ou retardant, suivant certaines combinai-
 « sons, le moment où la décision des juges sera définitive
 « et où par conséquent elle produit seulement effet au-
 « jourd'hui. »

pourvu que ce soit sans la faute du mari. Il n'est nullement besoin de supposer la communauté rétroactivement dissoute du jour de la demande, pour obliger le mari à indemniser sa femme du préjudice qu'il peut lui causer. Si l'on pouvait dire que la suspension provisoire des pouvoirs absolus du mari comme chef implique dissolution rétroactive de la communauté, il faudrait également déclarer que la dispense provisoire de cohabitation implique suppression rétroactive du domicile conjugal ; cependant, en matière de séparation de corps, la jurisprudence enseigne que le domicile conjugal subsiste jusqu'au jour du jugement. Cass. crim., 17 août 1883. Dalloz, 1887, 1, 47. Enfin si l'arrêt du 12 mai 1869 avait contenu en germe le système de l'effet rétroactif du divorce, cet effet aurait dû remonter, non au jour de la demande, mais au jour de l'ordonnance du président, puisque c'est de ce jour que date la suspension des pouvoirs du mari ; or, si l'on comprend qu'un jugement puisse rétroagir au jour de la demande, on ne conçoit pas qu'il rétroagisse jamais à une époque antérieure ou postérieure. Nous disons : « à une époque antérieure ou postérieure. » L'effet rétroactif se produirait à une époque antérieure, si l'on admettait que par *demande*, il fallût entendre l'assignation devant le tribunal, il se produirait à une époque postérieure, si l'on devait qualifier de *demande* la requête adressée au président.

En matière de séparation de corps, la jurisprudence, dont M. Paul Pic cherche à déterminer le courant, avait toujours fixé au jour de l'assignation la dissolution de la communauté ; néanmoins elle faisait remonter au jour de l'ordonnance la limitation des pouvoirs du mari ; c'est la preuve qu'elle n'établissait aucune corrélation entre ces deux faits, et que M. Pic s'est exagéré la portée de l'arrêt du 12 mai 1869.

Avant la loi de 1886, la jurisprudence ne devait pas et ne pouvait pas aboutir à la rétroactivité du divorce : tout ce qu'il est permis de supposer, c'est que, la loi du 18 avril 1886 ayant fait résulter le divorce de la prononciation du jugement, la jurisprudence aurait pu se prévaloir de cette innovation, même en l'absence d'un texte aussi formel que celui de l'art. 252 in fine, pour étendre au jugement de divorce sa théorie sur la rétroactivité de la séparation de corps.

Ce motif nous fait comprendre quel doit être le domaine d'application de l'art. 252 : la rétroactivité du jugement de divorce étant une exception, cette exception se trouve nécessairement limitée par son objet ; elle a été créée, ainsi que nous venons de le dire, dans un but tout spécial ; il ne faut donc l'admettre que dans la mesure où elle tend à la réalisation de ce but. On irait au delà du vœu de la loi si, prenant l'art. 252 à la lettre, on faisait, sans aucune distinction, remonter au jour de la demande tous les effets du divorce, et en particulier celui qui les résume tous, la dissolution du mariage.

Notre manière de voir est celle de la plupart des auteurs ; leurs explications ne varient guère ; elles ont en général pour base la formule donnée par le rapporteur de la loi. Toutefois on est d'accord pour élargir quelque peu les termes de cette formule : d'après le rapporteur la disposition nouvelle n'aurait d'autre objet que d'obliger les seuls époux communs en biens à reporter au jour de la demande la liquidation de leurs droits. Personne n'accepte à la rigueur une interprétation aussi étroite ; le rapporteur n'a prévu que le cas le plus général, n'a songé qu'au régime de la communauté, régime de droit commun ; mais sous tout autre régime la raison de décider serait la même. Aussi les auteurs sans discussion n'hésitent-ils pas à étendre l'art. 252 à tous les régimes.

D'après M. Carpentier (Traité théorique et pratique du divorce, 2^e partie 1888, p. 185), « il est bien évident que, « même en ce qui concerne les époux, la rétroactivité se « bornera au règlement de leurs intérêts pécuniaires ».

M. Curet (Code du divorce, n^o 269) s'exprime dans les mêmes termes : « le jugement de divorce dûment transcrit ne rétroagit au jour de la demande qu'en ce qui « concerne les droits pécuniaires des époux ».

D'après M. Dramard également (note sous Limoges,

26 novembre 1887. Jurisprudence du divorce, juin 1888, p. 181) : « l'innovation se restreint aux intérêts pécuniaires « des époux » ; plus loin, p. 185, M. Dramard précise davantage en disant que « la rétroactivité du jugement de « divorce doit être limitée aux rapports créés par le régime « matrimonial des époux ».

Seuls MM. Vraye et Gode s'expriment d'une façon à la fois plus vague et plus générale (le Divorce et la sép. de corps, 2^e éd., 2^e partie, p. 101) ; ils ont essayé de trouver un terrain de transaction entre les termes en apparence absolus de l'art. 252 et le sens limité qu'on lui donne ordinairement ; voici comment ils s'expriment : « Malgré les « termes de l'art. 252, les effets du divorce quant à la per- « sonne des époux ne se produiront *en fait*, d'une manière « réelle qu'après la transcription.... La rupture du lien « conjugal rétroagira, par l'effet de la fiction de l'art 252, « au jour de la demande ; mais, *en fait*, la rétroactivité ne « s'appliquera qu'aux relations d'intérêt des époux entre « eux.... C'est *surtout* en ce qui concerne les biens que « cet article fait remonter les effets du divorce au jour de « la demande ». Cette conciliation ne nous paraît pas heureuse ; la distinction établie par MM. Vraye et Gode entre le fait et le droit, pèche par la base ; il n'est point vrai qu'*en fait* la rétroactivité ne se conçoive que par rapport aux intérêts pécuniaires des époux ; nous verrons maintes fois au cours de cette étude qu'en fait il y a souvent lieu de se demander si les effets du divorce quant à la personne des époux ne se produisent pas dès le jour de la demande. MM. Vraye et Gode ont tort d'alléguer que la question ne se pose pas en fait afin d'arriver à se dispenser de la résoudre en droit.

Ainsi, à l'exception de MM. Vraye et Gode qui n'abordent pas franchement la difficulté, tout le monde est d'accord pour dire que les termes de l'art. 252, visent seule-

ment les effets relatifs aux biens, et non les effets relatifs aux personnes.

N'est-ce pas se mettre en contradiction absolue avec le texte de l'art. 252 ? D'après une règle qui était contenue dans le Livre préliminaire du Code civil (titre V, art. 7), là où la loi ne distingue pas, on ne peut créer des distinctions et des exceptions qui en altéreraient le sens et la détourneraient de son objet. « Quand la loi est générale, « quand sa disposition est illimitée, le devoir de l'interprète est de l'appliquer à tous les cas possibles, parce « que telle est la volonté du législateur ». (Laurent. Droit civil, I, n° 278, p. 353). Or, l'art. 252 ne distingue pas entre les effets du divorce ; il fait remonter tous ces effets indistinctement au jour de la demande ; c'est substituer sa volonté à celle du législateur que de mettre à part, parmi ces effets, ceux qui sont relatifs aux personnes et de les soustraire à l'application de la loi. Les effets du divorce se résument en un seul, la rupture du lien conjugal ; la rétroactivité des effets du divorce est donc la rétroactivité de la rupture du lien conjugal lui-même.

C'est vainement qu'on s'appuie sur l'autorité du rapporteur de la loi : les explications données au Sénat par M. Labiche dans la séance du 24 décembre 1885 renferment plus d'une erreur (1) ; ici elles se trouvent en opposition complète avec le texte de la loi. Lorsque de pareilles contradictions se sont rencontrées dans les travaux préparatoires du Code civil, on a toujours laissé là l'explication et on s'est simplement préoccupé de respecter la lettre du Code ; c'est la seule conduite à tenir dans le cas actuel.

On peut répondre à ces critiques que la nature même de l'innovation introduite dans la loi exige qu'on l'entende

(1) V. les notes 5 et 6, p. 79 ci-dessus.

dans le sens le plus restreint. La disposition de l'art. 252 in f. ne constitue pas même une simple exception à une règle générale, qui pourrait être tout aussi fondée en raison que la règle même. Nous avons démontré que c'était une disposition de droit exorbitant, qui ne s'explique que par de simples raisons de fait dont le caractère spécial et limité ne saurait être méconnu ; le champ d'application de l'art. 252, doit être nécessairement restreint aux motifs qui l'ont fait établir. Pour donner à l'art. 252 un sens absolu, il faut se résigner à effacer tout ce qui a été dit au cours des débats parlementaires, déclarer que l'art. 252 n'est que l'application à un cas particulier du principe soi-disant général, d'après lequel tous les jugements sans exception et spécialement le jugement de divorce seraient déclaratifs et non attributifs des droits qu'ils consacrent, principe erroné dont la fausseté a été plusieurs fois affirmée au cours des débats. Il y a un dilemme dont on ne peut sortir : ou bien donner à l'art. 252 un sens restrictif en adoptant l'explication fournie par le rapporteur, ou bien lui donner une portée compréhensive et absolue, en présentant à l'appui de cette interprétation des raisons formellement repoussées lors de la discussion de la loi.

Nous nous rallions sans hésiter au premier de ces deux partis, et en faisant ainsi nous ne croyons pas nous mettre en contradiction avec les principes qui gouvernent l'interprétation des textes législatifs. Sans doute il est vrai en thèse générale qu'il n'est pas permis de s'écarter du sens littéral sous prétexte de rechercher l'esprit de la loi. Mais les auteurs mêmes, qui, avec raison, appliquent cette règle à la rigueur, ne dissimulent pas cependant qu'ellen'est point sans exception : « Il se peut, dit M. Laurent (1), que la lettre quoique claire, n'exprime pas la vraie pensée du législateur. Si cela est prouvé, certes

(1) Laurent. Droit civil, tome I, n° 273, p. 240.

« l'esprit devra être préféré au texte. Mais il faut que
 « cela soit prouvé, car certainement il n'est pas probable
 « que le législateur, tout en parlant clairement, dise le
 » contraire de ce qu'il a voulu dire. Si donc cela arrive,
 « ce sera une rare exception. Ici encore la lettre doit céder
 « à l'esprit. » Nous nous trouvons précisément dans une
 des circonstances rares, si l'on veut, où il est prouvé que
 le législateur a, sinon dit le contraire de ce qu'il a voulu
 dire, tout au moins dit beaucoup plus que ce qu'il voulait
 dire et dans lesquelles le texte a trahi la pensée du rédac-
 teur. La preuve ne résulte-t-elle pas suffisamment des paro-
 les échangées lors de la discussion de la loi ? nous ne nous
 prévalons pas d'un mot échappé en passant à un orateur,
 fût-ce le rapporteur de la loi, auquel son auteur lui-même
 a pu ne pas attacher d'importance ; les déclarations de
 M. Labiche sont intervenues dans des conditions qui lui
 donnent une autorité bien autrement considérable ; M. La-
 biche était rapporteur de la Commission ; il s'expliquait
 en son nom et en sa présence ; son interlocuteur préten-
 dait ne pas comprendre l'utilité de la disposition ; M. La-
 biche avait donc à en déterminer la portée et l'application
 de façon ainsi qu'il le dit lui-même, à dissiper toute équi-
 voque ; il est difficile de prétendre en de pareilles circons-
 tances que les explications données par M. Labiche n'aient
 été que l'expression d'une opinion individuelle n'enga-
 geant ni la commission, ni le législateur(1). (V. Dramard.
 J. du div., 10 juin 1888, p. 181.)

(1) Nous n'invoquons pas à l'appui de notre thèse, comme venant confirmer les paroles de M. Labiche, les nombreux passages extraits des travaux préparatoires que nous aurons à citer plus tard, lorsque nous établirons que le jour de la dissolution du mariage est le jour de la transcription et non le jour du jugement. A première vue l'on serait tenté de croire que ces passages dussent fournir en notre faveur un argument très-probant : si le mariage ne prend fin que le jour de la transcription, ou même, si l'on veut, le jour du jugement, il en résulte nécessairement, semble-t-il, que la rétroactivité du jugement de di-

Mais il y a plus ; nous trouvons dans la loi elle-même la preuve formelle que la rétroactivité n'intéresse pas les rapports personnels des époux et que le lien conjugal subsiste au moins jusqu'à la prononciation du divorce. L'article 313 du Code civil, modifié par la loi du 18 avril 1886, n'autorise contre les enfants conçus pendant l'instance que l'action en désaveu du mari ; il se contente de faciliter l'exercice de cette action. Si l'action en désaveu continue à être nécessaire, c'est que la présomption « *pater is est quem nuptiæ demonstrant* » subsiste malgré l'instance, puisque l'action en désaveu n'a d'autre objet que de détruire la présomption de paternité. Si le mariage était censé dissous du jour de la demande, l'action qu'il eût fallu intenter n'aurait plus été l'action en désaveu, réservée au mari et soumise à l'observation de conditions rigoureuses, mais l'action en contestation de légitimité, ouverte à toute personne dans les termes du droit commun. La persistance de la présomption de paternité après la demande prouve qu'après cette demande, quelle que soit l'issue du procès, le devoir de fidélité subsiste comme par le passé ; car le devoir de fidélité est la base de la présomption légale et celle-ci ne saurait lui survivre. Le ma-

divorce n'a pas une portée absolue et n'est relative qu'à certains effets du divorce. Mais il faut remarquer que la disposition finale de l'art. 252 ne figurait ni dans le projet, ni dans le texte voté en première délibération par le Sénat, n'a été introduite que lors de la deuxième délibération et n'est venue en discussion que le 24 décembre 1883, à la dernière séance de cette deuxième délibération, au dernier moment, ainsi que s'en plaignait M. de Gavardie. Or, toutes les citations que nous aurions à faire sont tirées d'exposés de motifs, de rapports ou de discours antérieurs au 24 décembre 1883 ; elles se rapportent donc à une époque où il n'était pas encore question de l'effet rétroactif du divorce. Les partisans du système que nous combattons seraient donc en droit d'en récuser l'autorité ; le législateur, pourraient-ils dire, qui d'abord avait considéré la transcription comme opérant dissolution du mariage, ainsi qu'en témoignent les citations dont s'agit, aurait depuis modifié sa conception en faisant remonter le divorce, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande.

riage n'est donc pas dissous du jour de la demande en ce qui concerne les droits et les devoirs respectifs des époux. Voilà bien la preuve qu'à cet égard le législateur a maintenu le système ancien qui ne connaissait pas la rétroactivité du divorce ; voilà le texte qui nous autorise à distinguer, bien que l'article 252 *in fine* ne distingue pas.

Enfin toute espèce de doute sur la portée de l'article 252 disparaît, lorsque l'on se rappelle l'origine de cette disposition. Nous avons démontré qu'il fallait voir dans l'article 252, la consécration de la jurisprudence antérieure sur l'effet rétroactif entre époux de la séparation de corps et son extension à la matière du divorce. Quel sens la jurisprudence donnait-elle à la rétroactivité de la séparation de corps ? Elle en posait le principe en termes très-généraux et absolus, comme fait la loi de 1886 pour la rétroactivité du divorce ; par suite elle aurait dû admettre, semble-t-il, que l'affaiblissement du lien conjugal qui résulte de la séparation de corps se produit avec toutes ses conséquences du jour de la demande. Elle ne l'a point fait cependant ; elle a établi une classification parmi ces conséquences, comme nous en établissons une parmi les effets du divorce : le principe, général dans sa formule, s'est trouvé considérablement restreint dans l'application. Les arrêts et les auteurs distinguent dans la séparation de corps deux catégories d'effets, d'une part le relâchement du lien conjugal, d'autre part l'établissement d'un régime nouveau entre les époux, et assignent à chacune de ces catégories d'effets un point de départ différent, le jour de la demande en ce qui concerne la modification du régime matrimonial, le jour du jugement en ce qui concerne les rapports personnels des époux. D'après un arrêt de Cass. crim. 17 août 1883. Dalloz, 1887, 1. 47. « Si la rétroactivité peut être
« admise en ce qui concerne la séparation de biens, con-
« séquence forcée de la séparation de corps, il n'en saurait

« être de même pour les obligations morales des époux, et
« spécialement pour ce qui touche à l'habitation commune
« et aux devoirs d'assistance et de fidélité mutuelle ; ces
« obligations et ces devoirs subsistent tout entiers tant que
« les liens du mariage n'ont pas été relâchés par la sépa-
« ration de corps ». Merlin (Sép. de corps, § IV, n° 4),
malgré les raisons très-générales qu'il donne en faveur de
la rétroactivité de la séparation de corps, ne s'explique sur
l'effet de la sentence qu'au point de vue de la séparation
de biens qu'elle entraîne. Suivant Aubry et Rau (t. V,
§ 494, 3°), ce n'est pas la séparation de corps qui rétroagit ;
ces auteurs se contentent de dire que « la séparation de biens
« qui résulte de la séparation de corps remonte en ce qui
« concerne les rapports des époux entre eux au jour même
« de la demande ».

Cette distinction était certainement peu conséquente
avec la généralité du principe ; elle avait cependant sa rai-
son d'être, raison d'ailleurs de pure pratique. S'il était
nécessaire, dès le jour de la demande, d'enlever au mari
sa qualité de seigneur et maître de la communauté, de lui
interdire de perdre et de dissiper à son gré les biens com-
muns sans en être comptable, d'ôter aux époux tout inté-
rêt à avancer ou à retarder, en vue d'une succession près
de s'ouvrir ou de quelque autre éventualité, le moment où
les juges rendront leur décision, et à cet effet de faire ré-
troagir la séparation de biens accessoire de la séparation
de corps, il était inutile, sinon dangereux, de porter atteinte
aux obligations morales des époux à l'égard l'un de l'au-
tre, avant que la prononciation du jugement eût fait dis-
paraître tout espoir de réconciliation.

Il n'y avait aucune urgence à permettre aux époux
d'escompter leur liberté, à accorder par avance à la femme
une demi-capacité dont elle serait tentée d'abuser, sans
néanmoins pouvoir en faire un usage régulier et normal,

l'événement du procès demeurant incertain ; à encourager le mari à souiller la dignité de son foyer en enlevant à ce foyer, dès le début de l'instance, le titre et le caractère de domicile conjugal et en supprimant ainsi, en ce qui concerne le mari, la sanction pénale de l'adultère ; à autoriser immédiatement le partage de la communauté et la liquidation des reprises, et à laisser s'établir une situation de fait qui aurait pour conséquence fatale de rendre la division irrévocable. Voilà pourquoi le relâchement du lien conjugal ne devait commencer d'exister que du jour de la sentence ; voilà pourquoi la rétroactivité ne devait pas atteindre les droits résultant de l'état d'époux, et même certains droits pécuniaires qui sont avec les premiers dans un rapport de dépendance étroite.

Ce sont là les idées que le législateur de 1886 a transportées dans la matière du divorce ; les effets du divorce, quoique plus graves, sont analogues à ceux de la séparation de corps : l'un comme l'autre apportent à la fois une modification à l'état des personnes et une modification au régime ; la différence est, en cas de divorce, que le lien conjugal, au lieu d'être simplement relâché, se trouve entièrement rompu, et que le régime matrimonial au lieu de faire place à un régime nouveau est dissous purement et simplement.

Le législateur a donc supprimé le caractère d'indivisibilité qui appartenait autrefois aux effets du divorce ; parmi ces effets il en fait rétroagir quelques-uns au jour de la demande, ceux qui sont relatifs à la dissolution du régime matrimonial ; cela était nécessaire pour empêcher le mari de diminuer par mauvais vouloir les droits de la femme dans la communauté sans être soumis à aucune responsabilité, pour interdire aux époux de faire intervenir des calculs d'intérêt dans une instance qui doit conserver un caractère tout moral, et pour leur ôter la tenta-

tion de spéculer sur la durée du procès ; tous ces motifs se réunissent en un seul, la nécessité de couvrir les époux, à raison de l'état d'hostilités où ils sont placés, d'une protection égale et réciproque.

Au contraire ce n'est pas une pensée de protection qui aurait guidé le législateur, mais la préoccupation d'une vaine symétrie, si la rétroactivité avait dû s'étendre à d'autres effets. Est-ce dans une pensée de protection à l'égard de l'un ou de l'autre des époux que la loi autoriserait la femme pendant la durée de l'instance à contracter des dettes, à aliéner ses propres, affranchirait le mari de l'hypothèque légale à raison des créances nées au profit de sa femme postérieurement à la demande, dénierait à partir du jour de la demande tout caractère punissable ou même illicite aux faits qui auparavant auraient constitué l'adultère ou la bigamie ? La rétroactivité du divorce ne peut avoir de pareilles conséquences ; fondée sur les mêmes motifs que la rétroactivité de la séparation de corps, elle doit, par une assimilation toute naturelle se limiter aux rapports créés par le régime matrimonial des époux.

C'est cette assimilation qui nous permet de donner avec certitude la formule exacte du sens qu'il convient d'attribuer à l'article 252 in fine. Les auteurs mêmes qui s'inspirent des explications fournies au cours des débats par le rapporteur de la loi, hésitent entre deux formules qu'ils paraissent souvent prendre l'une pour l'autre et qui sont néanmoins séparées par une légère nuance : il est dit tantôt, et, semble-t-il, indifféremment, que l'innovation se restreint aux intérêts pécuniaires des époux (1), au règlement de leurs intérêts pécuniaires (2), tantôt que c'est la

(1) Dramard. — *Jurisprudence du divorce*, juin 1888, p. 181.

(2) Carpentier. — *Traité du divorce*, 2^e partie, 1888, p. 185. V. aussi Curet. *Code du divorce*, n° 269.

dissolution du régime matrimonial qui remonte au jour de la demande (1). Nous sommes tenus à plus de précision ; les deux formules ne sont pas adéquates ; si la rétroactivité frappe tous les intérêts pécuniaires, elle atteint évidemment tous les rapports créés par le régime matrimonial des époux ; mais la réciproque n'est pas vraie ; si la rétroactivité ne concerne que la dissolution du régime matrimonial, certains droits pécuniaires seront mis en dehors de la formule. Reproduisant l'expression que nous avons employée précédemment et donnant aux mots leur sens le plus étroit, nous limiterons la rétroactivité *aux rapports créés par les conventions matrimoniales* ; elle n'atteindra en aucune façon l'état d'époux et les droits qui en dérivent, quelle que soit la nature de ces droits, eussent-ils même un caractère pécuniaire ; car les droits même pécuniaires qui dérivent de l'état d'époux sont nécessairement mêlés de personnalité. Nous nous rallions donc sans réserve à la formule adoptée par M. Paul Pic (2). « De même que le jugement de séparation de corps « qui ne rétroagit pas, a pour corollaire la séparation de « biens qui rétroagit, de même le jugement de divorce « dissout le mariage ex nunc, sans rétroactivité, mais il « dissout rétroactivement, ex tunc, la communauté ou « plus généralement le régime matrimonial adopté par les « époux ». Cette formule, nous l'entendons à la rigueur et nous l'interpréterons à la lettre dans les diverses applications que nous serons amenés à en faire.

(1) V. Dramard, loc. cit. — Paul Pic *Jurispr. du divorce*, janvier, février 1887.

(2) Paul Pic. *Jurisprudence du divorce*, février 1887, p. 34.

§ 2.

**Pourquoi la rétroactivité n'existe-t-elle pas vis-à-vis
des tiers ?**

La loi ne dit pas expressément que l'effet rétroactif du divorce n'a pas lieu à l'encontre des tiers ; mais ceci résulte d'une façon certaine de l'article 252 Code civil par un argument à contrario. D'après l'article 252 le jugement de divorce remonte au jour de la demande « quant à ses effets entre époux ». Si cette disposition n'était qu'une application des principes généraux, il ne serait pas permis d'en induire à contrario que l'effet rétroactif ne concerne pas les rapports des époux avec les tiers ; mais du moment que nous avons démontré que l'article 252 in fine constitue une dérogation au droit commun, l'argument à contrario est parfaitement admissible et une pareille induction est légitime. Elle est en outre confirmée par la déclaration du rapporteur de la loi au Sénat (1). « En ce « qui concerne les effets de la séparation de corps (2) ou « du divorce à l'égard des tiers, il n'est apporté aucune « modification au régime actuel ». M. Labiche ne donne aucune raison de la différence de régime que la loi établit entre les époux et les tiers.

Le motif par lequel on essaie en général de justifier cette différence est que la loi n'ayant pas prescrit la publi-

(1) Sénat. 1885. Débats. Séance du 24 décembre 1885, p. 1369.

(2) Ces paroles laisseraient supposer que la loi de 1886 a apporté une modification au régime antérieur de la séparation de corps quant à ses effets entre époux. Il n'en est rien cependant ; la loi de 1886 ne contient aucune disposition sur l'effet rétroactif de la séparation de corps ; elle s'est contentée de confirmer tacitement la jurisprudence, en étendant ses solutions à la matière du divorce.

cité de la demande en divorce les tiers seraient trompés, si cette demande pouvait avoir à leur encontre un effet rétroactif, et qu'il serait injuste d'exposer à des pertes parfois considérables des personnes qui auraient traité de bonne foi avec le mari dans l'ignorance où elles étaient de l'existence d'une demande en divorce.

C'est la reproduction des motifs que donnait la jurisprudence pour limiter aux époux l'effet rétroactif de la séparation de biens résultant de la séparation de corps ; nous en avons déjà démontré l'insuffisance. La disposition finale de l'art. 1445 C.C. ne saurait être considérée, en ce qui concerne les tiers, comme le corollaire des dispositions qui prescrivent, dans l'intérêt de ceux-ci, la publicité de la demande, et comme étant par suite, au regard des tiers, inapplicable à la séparation de corps, laquelle n'est assujettie à aucune publicité légale. C'est après coup seulement qu'on a établi une relation de cause à effet entre la publication de la demande en séparation de biens édictée par les art. 866 et s. C. P. C. et la rétroactivité édictée par l'art. 1445, en vue d'expliquer comment, en matière de séparation de biens, cet effet rétroactif était opposable aux tiers ; c'est la relation inverse d'effet à cause qui a lieu en réalité ; étant donné l'effet rétroactif de la demande en séparation de biens, qui existait déjà, afin que la ruine de la femme ne fut pas consommée *inter moras litis*, on a trouvé utile plus tard de prescrire la publication de la demande, pour mettre les tiers en position de se prémunir contre les dangers de cette rétroactivité.

De même, en cas de divorce, on prend l'effet pour la cause en disant que c'est le défaut de publicité de la demande qui fait obstacle à la rétroactivité du divorce à l'égard des tiers. Le législateur avait pleine liberté pour lever cet obstacle en édictant la publication de la demande. Pourquoi ne l'a-t-il pas fait ? La vérité, c'est que la pu-

blication de la demande est inutile, parce que la loi n'a pas voulu donner au divorce un effet rétroactif en ce qui concerne les tiers.

On a blâmé les auteurs de la loi du 18 avril 1886 de n'avoir point fait rétroagir le jugement de divorce vis-à-vis des tiers, et de n'avoir pas, à cet effet, prescrit en leur faveur des mesures de publicité ; on a paru les accuser d'avoir borné leur œuvre à une reproduction servile de la jurisprudence, au lieu d'user de leur pouvoir souverain pour en rectifier les solutions. Il est regrettable, a-t-on dit, qu'on n'accorde pas à la femme la même protection contre les actes frauduleux de son mari suivant qu'il s'agit, soit d'une séparation de biens principale, soit d'une séparation de corps ou d'un divorce. « Sans doute, dans « ces deux derniers cas, la cause du danger qui menace la « femme n'est point, comme au premier, le péril des affaires du mari, mais la demande en séparation de corps ou « en divorce place les époux dans un état d'hostilité à raison duquel, en fin de compte, l'administration du mari « peut devenir aussi préjudiciable à la femme que dans « l'hypothèse d'une simple séparation de biens. Il est à « craindre que le mari, durant l'instance, n'abuse intentionnellement de ses pouvoirs, sans cependant faire part « aux tiers du mobile secret de ses actes, c'est-à-dire sans « donner ouverture à l'action paulienne. Le législateur « aurait donc bien fait, lors du vote de la loi du 18 avril « 1886, d'adopter un seul et même principe. Il aurait dû, « dans les trois cas, prescrire la publicité de la demande « et faire rétroagir le jugement au jour où la publicité a « été effectuée. (Petiet, *Revue critique*, 1887, p. 597.) »

Ces motifs ne nous persuadent pas ; nous croyons au contraire que le législateur a eu raison de restreindre aux époux l'effet rétroactif du divorce, et qu'il y aurait eu plus d'inconvénients que d'avantages à étendre cet effet aux

tiers. Donner à la rétroactivité du divorce un caractère illimité, ce serait engager les tiers à spéculer sur l'issue du procès, à en escompter par avance le gain ou la perte. Si le divorce a des causes toutes morales, il a incontestablement des résultats pécuniaires ; les tiers ne doivent pas être mis en mesure d'exploiter à leur profit ces résultats, d'avoir un intérêt à ce que le divorce ait lieu ou n'ait pas lieu, suivant que leurs droits se trouveront consolidés ou résolus d'après l'événement de la condition dont ils dépendent, accrus ou réduits suivant le jugement à intervenir. Il faut laisser le moins possible aux tiers la tentation d'exercer sur la marche de l'instance une action dans un sens quelconque. On diminue leur intérêt en ne donnant pas vis-à-vis d'eux au jugement de divorce un effet rétroactif, c'est-à-dire en ne subordonnant pas à l'issue du procès l'existence ou l'étendue de leurs droits ; on leur ôte en grande partie le moyen d'agir puisque, la demande n'étant l'objet d'aucune publicité légale, le procès échappera le plus souvent à leur connaissance.

La non-rétroactivité du jugement de divorce doit donc être absolue : c'est la conséquence nécessaire qui dérive de l'explication que nous venons d'adopter.

Si l'on considérait la disposition qui limite l'effet rétroactif du divorce aux rapports des époux entre eux comme une disposition imaginée uniquement dans l'intérêt des tiers, qui n'étant pas informés de l'introduction de la demande courraient le risque d'être trompés, on serait obligé d'admettre que l'effet rétroactif du divorce pourrait être invoqué contre les tiers, lorsque de fait ceux-ci auraient eu connaissance de la demande. Pourraient-ils en pareil cas se plaindre d'avoir été trompés ? Le motif de la loi cessant, son application doit cesser également. De même il faudrait autoriser les tiers à se prévaloir contre les époux de l'effet rétroactif du divorce lorsqu'ils y au-

raient intérêt : si la disposition de l'article 252 a été introduite en leur faveur, elle ne doit pas être rétorquée contre eux.

Les raisons que nous avons développées précédemment nous mèneront à des solutions directement opposées. Les époux ne sauraient alléguer que les tiers sont instruits d'une demande que pour des raisons d'ordre public la loi a voulu dérober à leur connaissance. Les droits des tiers ne peuvent dans aucun cas être subordonnés au succès ou au rejet de la demande ; les tiers seraient tentés, en vue de la conservation de ces droits, d'exercer sur l'esprit des époux une action pernicieuse : pour qu'ils soient désintéressés du résultat de l'instance, il est nécessaire que jamais, dans aucune circonstance, l'effet rétroactif du divorce ne puisse être invoqué contre eux.

Jamais non plus il ne sera permis aux tiers d'opposer aux époux l'effet rétroactif du divorce : il est inexact que la limitation de l'article 252 ait été imaginée uniquement dans leur intérêt. Nous avons dit que si la loi n'a pas prescrit la publication de la demande, c'est dans l'intérêt des époux bien plus que dans l'intérêt des tiers ; les tiers doivent être déclarés non recevables à se prévaloir contre les époux de la rétroactivité du jugement. Autoriser les tiers à invoquer à leur profit l'effet rétroactif du divorce, ce serait leur donner sujet de s'entremêler dans des affaires d'où leur intervention doit être rigoureusement bannie ; ce serait méconnaître l'esprit de la loi qui a tâché de prévenir cette intervention en ne permettant pas de publier la demande. Les droits des tiers ne doivent être ni augmentés, ni diminués par l'événement du procès ; à cette condition seule on peut espérer qu'ils y demeureront indifférents.

L'article 252 *in fine* ne signifie donc pas seulement que le jugement de divorce ne rétroagit pas *à l'encontre* des

tiers ; il faut prendre une formule plus générale et dire dans un sens absolu que le divorce n'a pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers.

§ 3.

Que faut-il entendre par tiers ?

Il s'agit maintenant de déterminer ce qu'il faut entendre par *tiers* ; quelles personnes ne peuvent voir invoquer contre elles la rétroactivité du jugement du divorce et réciproquement ne sont pas admises à s'en prévaloir. On distingue en général, lorsque l'on veut déterminer l'effet d'un acte quelconque, judiciaire ou extra-judiciaire, trois catégories de personnes, les parties, leurs ayant-cause et les tiers : les parties et leurs ayant-cause sont les personnes à l'égard desquelles l'acte produit effet ; les tiers sont celles à l'égard desquelles l'acte n'en produit pas. Mais il n'existe nulle part une définition légale de ces diverses appellations ; et même loin de pouvoir condenser en une formule unique les solutions données par la loi en diverses circonstances, on constate, après avoir mis à part le mot « parties » dont le sens ne prête à aucune équivoque, qu'il n'y a pas dans la langue du droit de termes dont la signification soit plus variable et plus douteuse que les termes de « tiers » et d' « ayant-cause ». Il n'y a pas de principe général, applicable à toute matière, qui permette de dire, à priori, si telle personne doit être considérée comme un tiers ou un ayant-cause ; il faut s'inspirer des motifs spéciaux à chaque situation et décider toujours *secundum subjectam materiam*.

Il est impossible de songer à tirer une solution de

l'article 252 in f. lui-même en raisonnant ainsi : c'est seulement quant à ses effets entre époux que la loi fait remonter le jugement de divorce au jour de la demande ; cette disposition est exceptionnelle, contraire au droit commun, par suite de stricte interprétation ; elle doit être rigoureusement limitée aux époux ; à l'égard de tous autres que les époux le divorce n'aura pas d'effet rétroactif. Il n'y a pas à distinguer, comme le fait le Code en différents endroits (article 1319, 1322, etc.), entre les tiers et les ayant-cause ; les ayant-cause sont aussi des tiers ; ils doivent rester soumis à la règle, puisqu'ils ne sont pas compris dans l'exception.

Cette explication ne repose que sur un argument *a contrario*, procédé dont l'emploi donne toujours des résultats douteux, quand il n'est autorisé par aucun motif rationnel. Elle aurait pour conséquence de faire ranger dans la catégorie des tiers certaines personnes qui jusqu'ici n'y ont jamais été comprises. Même en interprétant les textes les plus restrictifs du Code, notamment l'article 1321 (1), qui met dans l'opposition la plus nette « les parties contractantes » et « les tiers », en matière de contre-lettres, on considère sans la moindre hésitation comme ayant figuré dans l'acte certaines personnes qui de fait ne l'ont cependant pas signé. Tels sont les héritiers et successeurs universels ; ils continuent la personne du défunt ; ils sont tenus de ses obligations et ils succèdent à ses droits. Le mot « époux » a-t-il dans l'article 252 un sens plus étroit que le mot « parties contractantes » dans l'article 1321 ? Admettra-t-on qu'une fois le divorce prononcé et transcrit, les héritiers de l'un des époux pourront être traités autrement que cet époux lui-même ? Ce serait une anomalie bien forte dont il faudrait une raison sérieuse.

(1) Article 1321. Code Civil « Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les *parties contractantes* ; elles n'ont point d'effet contre les tiers. »

Nous ne devons pas négliger les décisions données par la jurisprudence en matière de séparation de corps, puisque c'est de cette jurisprudence que le législateur s'est inspiré en limitant aux époux l'effet rétroactif du divorce : on pourra sans grande témérité étendre ces solutions au cas d'un divorce : malheureusement elles sont en petit nombre et il est difficile de les généraliser. Dans l'espèce de l'arrêt de cassation du 12 mai 1869 (S. 1869. 1. 301) la femme se trouvait en conflit avec le syndic de la faillite de son mari : le syndic représentait des créanciers chirographaires antérieurs au jugement : la cour décida que ces créanciers étaient des tiers « à l'égard desquels la séparation de biens n'a d'effet que du jour du jugement de séparation de corps ».

Dans l'espèce d'un arrêt de Lyon du 16 juillet 1831 (S. 1832. 2. 237), la femme prétendait opposer l'effet rétroactif du jugement de séparation de corps à un créancier hypothécaire du mari, dont le droit était né et dont l'hypothèque avait été inscrite sur un immeuble de la communauté pendant la durée de l'instance ; il fut jugé que ce créancier devait être considéré comme un tiers.

Mais ce ne sont là que des décisions particulières dont il n'est pas possible de tirer une formule. Si l'on veut comprendre quels sont les tiers pour lesquels l'effet rétroactif du divorce n'existe pas, il faut se rappeler pourquoi le jugement de divorce ne rétroagit pas à l'égard des tiers. Nous l'avons déjà dit : c'est parce que, si la rétroactivité du divorce avait lieu à leur égard, les tiers dont les droits seraient accrus ou diminués suivant l'issue incertaine de l'instance, seraient engagés à spéculer sur l'événement du procès, à en escompter à l'avance le gain ou la perte, et auraient la tentation d'intervenir d'une façon plus ou moins ouverte dans les démêlés des époux, alors qu'ils doivent y demeurer indifférents.

A quelles personnes ces raisons sont-elles applicables ?

A celles-là seules dont les droits sont antérieurs à la demande ou sont nés au plus tard avant que le divorce ne soit devenu définitif par la transcription ; celles-là seules seront des tiers. Mais quant aux personnes dont les droits sont nés postérieurement à la transcription, on ne peut les soupçonner d'avoir eu un intérêt quelconque à ce que le divorce eut lieu ou non ; ce seront des ayant-cause ; l'effet rétroactif du jugement de divorce pourra leur être opposé, et elles seront en droit de s'en prévaloir,

Ainsi seront des tiers tous ceux qui ont acquis des droits réels sur les biens de la communauté, du mari ou de la femme, avant ou après la demande, mais antérieurement à la transcription, les créanciers de la communauté, les créanciers personnels du mari ou de la femme, quelle que soit la cause de leur créance, pourvu qu'elle soit née antérieurement à la transcription ; peu importe que ces créanciers agissent en vertu des droits qu'ils tiennent de la loi, ou seulement comme exerçant les droits et actions de leur débiteur ; dans les deux cas leur influence serait également à craindre. Au contraire seront des ayant-cause les héritiers des époux dont le droit ne peut naître qu'après la transcription, puisque le décès de l'un ou de l'autre des époux avant l'accomplissement de cette formalité met un obstacle à ce que le divorce devienne définitif : leurs autres successeurs universels ou à titre universel : tous acquéreurs ou créanciers avec lesquels ils ont traité ou envers lesquels ils se sont obligés depuis la transcription.

C'est ainsi d'une question de date que dépend la qualité de tiers ou d'ayant-cause ; la détermination de cette date ne saurait soulever de difficultés que lorsque le droit des intéressés sera fondé sur un acte sous signature privée. Les intéressés qui voudront s'attribuer la qualité de tiers seront-ils obligés de produire un acte ayant acquis date certaine avant le divorce ? Nous croyons que la femme ne

pourra pas exiger un titre ayant date certaine de ceux avec lesquels le mari a traité soit comme chef de la communauté, soit comme administrateur légal. Lorsque le mari a agi comme chef de la communauté, la femme acceptante (car si la femme renonce, il n'y a pas de question), est censée avoir concouru à tous les actes du mari comme si elle y avait figuré personnellement ; la femme est plus qu'ayant-cause, elle est partie à l'acte fait par son mari ; il faut donc laisser de côté l'article 1328. Si le mari a agi comme administrateur légal, peu importe alors que la femme accepte ou renonce ; dans l'une et l'autre hypothèse l'acte accompli par son mari peut lui être préjudiciable ; mais pas plus dans ce cas que dans le cas précédent, la femme ne peut se prévaloir de l'art. 1328 pour le faire écarter. Le mari administrateur légal est un mandataire légal ; or le mandataire n'est pas un tiers quant aux actes faits par le mandant ; ce n'est pas le mandataire qui contracte, c'est le mandant qui agit par l'intermédiaire du mandataire ; le mandataire est partie, et étant partie il est impossible qu'il soit un tiers. C'est donc à la femme qu'il appartient de prouver que l'acte sous-seing privé qu'on lui oppose a été frauduleusement antidaté ; jusqu'à preuve contraire il est présumé véritable. Les auteurs et la jurisprudence sont en ce sens (1), Quant aux ayant-droit de

(1) V. les auteurs et les arrêts cités par P. Pont. *Petits contrats*, I, n° 1182, notes 43 et par Larombière. *Traité des obligations, sur l'article 1328*, n° 38, note 1. — V. Laurent, t. XXII, n° 113. Cette doctrine est fort dangereuse pour la femme ; le mari sera souvent tenté, après le divorce, de faire des actes au préjudice de la femme et de les antidater. Il n'y a pas à se dissimuler les inconvénients d'une pareille situation ; mais ainsi que le fait remarquer très-justement M. Laurent (loc. cit.), les inconvénients ne sont pas une raison de décider ; dès que le sens d'une loi est clair, parce qu'il résulte de son texte et de son esprit, l'interprète doit l'admettre, quels que soient les inconvénients qui en résultent. Or, dans l'espèce, les principes ne laissent aucun doute.

la femme ils ne pourront pas davantage invoquer contre les ayant-droit du mari l'article 1328; les ayant-droit de la femme n'agissant pas en leur nom propre et privé, mais ne faisant qu'exercer les droits de leur débitrice, en son lieu et place, les actes sous-seing privé qui font foi contre cette dernière, feront aussi nécessairement foi contre eux.

Les personnes qui tiennent leur droit de la femme n'auront pas en général intérêt à réclamer la qualité de tiers, c'est-à-dire à considérer le régime matrimonial comme dissous seulement du jour de la transcription; elles auront en général plus d'intérêt à se présenter comme ayant-cause et à invoquer la rétroactivité du jugement de divorce; le danger d'une antidade n'est alors pas à craindre. Cependant il peut arriver que par exception les ayant-droit de la femme aient intérêt à repousser l'effet rétroactif du divorce et à se dire des tiers; en pareil cas, leur titre devant porter une date antérieure au divorce, le danger d'une fraude se fait de nouveau sentir et la question de l'application de l'article 1328 reparaît. L'exemple suivant fera comprendre la situation. Le mari au cours de l'instance autorise sa femme à passer un acte; si en vertu de cette autorisation la femme contracte avant que la transcription soit opérée, elle oblige à la fois elle-même, la communauté et le mari (art. 1419, C. C.); mais si l'acte n'est passé qu'à une époque où le mariage est déjà dissous à l'égard des tiers, les tiers n'auront plus pour débiteur que la femme seule. En fait l'acte porte une date antérieure à la transcription: la sincérité de cette date est-elle prouvée vis-à-vis du mari? En conséquence les personnes qui ont traité avec la femme seront-elles admises à dire qu'elles sont des tiers, qu'elles ont pour obligés le mari et la communauté et qu'à aucun point de vue on ne pourra leur opposer l'effet rétroactif du divorce? ou bien au contraire y a-t-il présomption que le titre est antidaté, que de fait l'acte n'a été passé qu'après

le divorce, que ceux qui se prévalent de cet acte sont de simples ayant-cause de la femme, n'ayant que la femme pour obligée, et qui pourront toujours se voir opposer la rétroactivité du jugement du divorce ?

Nous déciderons encore ici que l'acte sous-seing privé fait foi de sa date par lui-même et n'a pas besoin d'avoir acquis date certaine avant le divorce, dans les conditions prévues par l'article 1328. La femme commune qui contracte avec l'autorisation de son mari, agit comme mandataire de celui-ci en tant qu'elle oblige le mari et la communauté. Or, nous venons de le voir, les actes sous seing privé passés par le mandataire font foi de leur date à l'égard du mandant bien qu'ils n'aient acquis date certaine que depuis la cessation du mandat. Le mandant n'est pas un tiers dans le sens de l'article 1328; il est censé avoir souscrit l'acte lui-même. Le mari pourra seulement établir par tous les moyens de preuve que l'acte a été antidaté et qu'ainsi il se reporte en réalité à un moment où la femme n'avait plus le pouvoir de l'obliger ainsi que la communauté.

§ 4

Qu'est-ce que le jour de la demande ?

La dernière question qu'il nous reste à éclaircir consiste à déterminer ce qu'il faut entendre par « le jour de la demande. » Est-ce le jour de la requête au président, le jour de la citation en conciliation, ou le jour de l'assignation devant le tribunal ? La question se posait autrefois dans les mêmes termes en matière de séparation de corps ; l'article 1445, Code civil, était en effet conçu de la même façon que l'article 252 actuel ; il y était dit que le juge-

ment « remontait, quant à ses effets, au jour de la demande. » La jurisprudence décidait en général que l'effet rétroactif de la séparation de biens résultant de la séparation de corps remontait seulement au jour de l'assignation : on donnait comme motif qu'à la vérité les articles 875 et suiv. du Code de procédure civile, en raison de l'importance et de la gravité de la demande en séparation de corps, ont confié au président du tribunal la mission que remplit le juge de paix en toutes autres matières, et édicté un ensemble de formalités remplaçant la tentative de conciliation, mais qu'il est manifeste que ces formalités ne constituent pas à proprement parler l'exercice de l'action en séparation de corps ; qu'elles n'en sont que le préliminaire ; que l'instance ne commence en réalité que lorsque l'affaire est portée devant le tribunal (1). Telle était la solution qui semblait prévaloir ; nous devons remarquer qu'elle concordait assez peu avec les solutions que donnait la jurisprudence sur des questions connexes : on considérait en effet le tribunal comme saisi par la citation en conciliation devant le président de sorte que le changement de domicile opéré par le mari postérieurement à cette citation n'entraînait pas changement de compétence (2) ; on décidait aussi que l'incompétence ratione personæ était couverte faute d'avoir été proposée lors de la comparution des parties devant le président (3) ; qu'à tous ces points de vue l'instance était liée par la citation en conciliation contenant notification de la requête (4). Logi-

(1) Bordeaux, 23 novembre 1880. Sirey 1881, 2, 76, Trib. de Troyes, 10 août 1881. S. 1881, 2, 220. En ce sens, Rodière et Pont. Contrat de mariage, t. II, n° 2168.

(2) Cass., 8 décembre 1880. S. 1882, 1, 103.

(3) Trib. de Nice, 26 juin 1885. Gazette du Palais 1886, p. 81, Paris, 5 août 1886. Gaz. Palais, 1886, p. 205.

(4) La plupart des auteurs sont en ce sens : Carré et Chauveau, Proc. civ., t. I, sur l'art. 59, quest. 254 et t. VI, 2^e part. sur l'art. 878, quest. 2963 bis, Bioche, Diction. de proc. V^e sép. de corps, n° 30. Rousseau

quement il aurait fallu admettre que cette citation en conciliation constitue la demande et que c'est au jour de cette citation que remonte l'effet du jugement de séparation de corps.

Avant la loi du 18 avril 1886 il pouvait s'écouler un intervalle très-considérable entre le jour de la requête ou de la citation en conciliation et le jour de l'assignation, car aucun délai n'était fixé au demandeur qui avait obtenu permission de citer pour user de la faculté qui lui avait été accordée; la détermination du jour de la demande présentait donc une extrême importance; cette importance a quelque peu diminué aujourd'hui; car si le délai qui s'écoule du jour de la requête au jour de la comparution est encore un délai arbitraire, ce délai dont la durée dépend, non de la partie, mais du président sera presque toujours fort court; une fois que la comparution aura eu lieu, le demandeur ne sera plus libre de rester indéfiniment dans l'inaction et devra, aux termes de l'article 238 nouveau, assigner dans les vingt jours. Cependant il faut noter que la permission de citer peut être suspendue par le président pendant vingt jours, ce qui augmente le délai d'autant; d'autre part que l'inobservation du délai de vingt jours n'a d'autre sanction que la déchéance des mesures provisoires ordonnées en faveur du demandeur, et que l'assignation délivrée après les vingt jours n'en serait pas moins valable. Il pourrait donc arriver que la période

et Laisney, *Dict. de proc. V^e sép. de corps*, n° 73. Rodière, *traité de compét. et de proc.*, t. II, p. 434, note 2. Massé et Vergé sur Zachariae, t. I, p. 278, § 155, note 2. Demolombe, *Traité du mariage*, t. II, p. 557, n° 447. Laurent, t. III, n° 249. Laurent va même jusqu'à dire que la requête présentée au président, répondue par une ordonnance, lie l'instance. Comment l'instance peut-elle être liée, avant que le défendeur ait été mis en cause? — Voyez cependant en faveur de notre opinion : Massol, *Sép. de corps*, ch. 4, p. 499, n° 25. Rauter, *proc. civ.*, n° 345, note a. Trib. de la Seine, 30 janvier 1886, infirmé par Paris, 5 août 1886, précité. Trib. de Fontainebleau, 3 novembre 1887. *Jurispr. du divorce*, juin 1888, p. 171.

intermédiaire entre la requête et l'assignation, sur la nature de laquelle nous hésitons en ce moment, fût aussi prolongée qu'autrefois ; et alors même que cette période ne durerait que cinq jours, minimum légal, on sent la nécessité d'être fixé sur le sort des droits qui viendraient à échoir aux époux pendant cette intervalle.

Les commentateurs de la loi du 18 avril 1886 attribuent pour la plupart le caractère de demande avec les effets résultant de l'article 252 à la requête adressée au président (1). Ils donnent pour motif que, sous l'empire de la loi du 19 juillet 1884, l'article 236 ancien qualifiait de demande en divorce la requête remise au président, que dans les articles 234, 235, 233 nouveaux, il est question de demande, de demandeur et de défendeur, alors que l'assignation en divorce n'a pas encore été lancée. On observe, qu'en armant le président de pouvoirs nouveaux, dès la première comparution des parties, la loi paraît avoir témoigné du désir de faire remonter aussi haut que possible la protection qu'elle entend accorder aux époux ; que la conciliation préliminaire instituée en matière de divorce et de séparation de corps forme avec l'instruction et les débats devant le tribunal une seule et même instance, un tout indivisible et qu'à cet égard elle diffère profondément de la conciliation tentée devant le juge de paix en vertu de l'article 48 C. P. C. ; la comparution devant le juge de paix est une formalité extra-judiciaire qui ne saurait être considérée comme liant l'instance, parce que le juge de paix remplit seulement l'office d'un conciliateur ; au contraire le magistrat devant lequel l'époux demandeur comparait est appelé par la loi à faire non seulement acte de conciliation, mais aussi acte de juridiction.

(1) Vraye et Gode, t. II, p. 408. Carpentier, t. II, p. 183.

Cette doctrine nous paraît inadmissible. Il est étrange de considérer l'instance comme liée par la présentation de la requête; l'instance ne peut pas être liée tant que le défendeur n'a pas été mis en cause. Il y aurait les plus graves dangers, surtout pour le mari défendeur, à faire remonter les effets du divorce au jour de la présentation de la requête; la demande a pour conséquence de faire du mari, jusque-là chef de la communauté, un administrateur comptable; elle l'oblige à tenir compte désormais à la femme des fruits de ses propres, des intérêts de ses reprises: de pareils effets vont-ils résulter d'un acte clandestin, que le mari ignore certainement? Ne faut-il pas, au contraire, que le mari soit averti, et dûment averti, de la condition nouvelle qui lui est faite? Il est impossible que la situation du défendeur soit modifiée tant qu'il n'a pas été personnellement touché par un acte du demandeur; le jour de la demande serait donc au plus tôt le jour où le défendeur a reçu notification de la requête et de l'ordonnance rendue ensuite de cette requête, et a été assigné en conciliation.

Même avec cette correction, la doctrine proposée est tout aussi inacceptable. Sans doute, à partir de la citation en conciliation une instance est liée; sans doute, à partir de ce moment, il y a un demandeur et un défendeur; de là, les termes employés par les articles 234, 235, 238, Code civil. Mais est-ce l'instance en divorce qui est liée? Il est facile de se convaincre du contraire; le juge qui est saisi, en dehors de sa mission de conciliation, n'a pas qualité pour statuer sur la demande en divorce; cette demande n'est pas encore formée; il n'a qualité pour statuer comme juge que sur les demandes provisoires qui lui sont actuellement soumises, résidence de la femme, remise des effets personnels, garde des enfants, provision alimentaire, etc. Ce qui est lié, ce n'est pas l'instance principale, c'est l'ins-

tance particulière qui a pour objet les mesures provisoires (1).

La requête au président, la citation en conciliation sont bien des demandes qui tendent au divorce comme vers un but plus ou moins éloigné; ce ne sont pas des demandes de divorce; l'objet de la demande est déterminé par les conclusions prises par le demandeur. Or, à quoi conclut le demandeur dans sa requête de divorce? Si nous nous en référons aux formules les plus usitées, après avoir exposé ses griefs, il conclut à ce qu'il plaise au Président « lui « donner acte de la présentation de sa requête, l'autoriser à « faire citer son conjoint à comparaitre devant le président, « aux jour, lieu et heure que celui-ci voudra bien désigner « pour être entendu contradictoirement avec lui sur les « faits sus-énoncés, se concilier, si faire se peut, sinon voir « autoriser l'exposant à former sa demande en divorce et « voir statuer sur les mesures provisoires ». Tels sont uniquement les chefs de conclusions pris par le demandeur dans sa requête, les seuls, d'ailleurs, que la loi l'autorise à prendre. La citation en conciliation n'est pas davantage une demande en divorce; dans cet acte, le défendeur est assigné aux seules fins d'avoir à répondre aux faits énoncés dans la requête, d'entendre conjointement avec le requérant les représentations que le président croira propres à opérer un rapprochement, et en cas de non conciliation, voir autoriser le requérant à former contre son conjoint sa demande en divorce, le voir en conséquence autoriser à assigner son conjoint devant le tribunal.

Le premier acte dans lequel le divorce soit formellement requis est l'assignation devant le Tribunal; pour la première fois le défendeur est appelé devant la justice « pour voir prononcer le divorce d'entre les époux à la

« requête du requérant, voir ordonner que le jugement à « intervenir sera transcrit et mentionné sur les registres de « l'état civil, etc. » Il résulte de la comparaison de ces diverses formules que l'assignation devant le tribunal peut seule être vraiment qualifiée de demande en divorce. Une requête ou une citation, présentée ou délivrée afin d'avoir permission de former une demande, n'est pas cette demande elle-même. Sinon il faudrait dire qu'une requête à bref délai fait courir les intérêts, interrompt la prescription, etc.; on n'a jamais reconnu ces effets qu'à l'assignation donnée en vertu de cette requête (1).

Les effets du jugement de divorce remontent donc au jour de l'assignation; mais remontent-ils à la première heure du jour de l'assignation ou seulement au moment même où l'assignation a été signifiée au défendeur? La question présente un très-grand intérêt; les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale; l'un d'eux est appelé à recueillir une succession mobilière; cette succession s'ouvre le jour où l'assignation est délivrée; décidera-t-on que dans tous les cas cette succession sera exclue de la communauté, ou devra-t-on rechercher en fait si le moment où la succession s'est ouverte, c'est-à-dire le moment du décès du de cujus est antérieur ou postérieur au moment où la demande a été signifiée? La même difficulté se présente en matière de séparation de biens, l'article 1445 étant conçu absolument dans les mêmes termes que l'article 252; elle n'a été cependant abor-

(1) La demande en divorce pourra consister, non seulement dans un exploit d'assignation introductif d'instance, mais aussi dans un simple acte de conclusions contenant demande reconventionnelle (art. 239 C. C.); si, la demande principale étant rejetée, la demande reconventionnelle est admise, il est clair que l'effet du jugement ne remonte qu'au jour de la demande reconventionnelle; si les deux demandes sont admises, le point de départ des effets du divorce sera le jour de la demande introductive d'instance.

dée ni par les auteurs, ni par la jurisprudence; ce n'est pas une raison pour nous dispenser de la résoudre.

Pour soutenir que l'effet du jugement remonte à la première heure du jour où la demande est formée, on invoquera d'abord les termes mêmes de l'article 252 « ...remonte au jour de la demande, » c'est-à-dire jusques et y compris la première heure de ce jour; cette explication est conforme à la règle « dies a quo non computatur in termino, dies ad quem computatur in termino »; ici le dies a quo, le point de départ de l'effet rétroactif du jugement, est le jour du jugement lui-même; il n'est pas compris dans le délai; le dies ad quem, c'est le terme de l'effet rétroactif du jugement, c'est-à-dire le jour de la demande; ce jour tout entier doit donc tomber sous le coup de l'effet rétroactif du jugement.

En matière de faillite où d'après l'article 443 C. Comm. le dessaisissement se produit à partir de la date, c'est-à-dire à partir du jour du jugement, la jurisprudence et les auteurs donnent une solution analogue et sont unanimes à décider que les effets du jugement déclaratif se produisent dès la première heure du jour où il est intervenu; que par suite il n'y a pas à rechercher si l'acte attaqué a été fait avant ou après l'heure à laquelle ce jugement a été prononcé (1); de même qu'un jugement, un exploit, n'étant jamais daté de l'heure, doit avoir son effet pendant le jour tout entier dont il porte la date. Cette règle dans l'un et dans l'autre cas est fort sage; car la distinction à faire entre les divers événements intervenus le même jour selon l'heure à laquelle ils auraient eu lieu serait très-vague et prêterait nécessairement à l'arbitraire.

Cette théorie ne nous semble pas exacte; à notre avis c'est seulement au moment de la signification de l'exploit

(1) V. cependant les réserves faites sur cette jurisprudence par M. Labbé, sous Cass. 7 mars 1882. Sirey, 1883, 1. 241.

d'ajournement que se produit la dissolution du régime matrimonial ; c'est la demande qui emporte dissolution du régime ; la dissolution du régime ne peut précéder la demande : un effet qui précède sa cause est un résultat assez illogique pour qu'on ne l'admette qu'en vertu d'un texte formel : il faudrait une fiction légale ; le législateur a-t-il établi cette fiction ? nous voyons bien qu'il attribue au jugement un effet rétroactif et nous savons pourquoi, mais nous ne voyons pas qu'il ait attribué à la demande elle-même une rétroactivité que rien n'expliquerait.

Il n'y a pas lieu d'invoquer en pareille matière la règle « dies a quo non computatur in termino, dies ad quem computatur in termino » : le jour de la demande peut être regardé indifféremment comme le dies a quo ou le dies ad quem : ou plutôt on le considérerait beaucoup plus justement comme le dies a quo, puisque c'est le point de départ de la dissolution du régime matrimonial ; le divorce n'aurait donc d'effet que du lendemain de la demande, résultat contraire à la lettre et à l'esprit de la loi et qui prouverait à lui seule que la règle précitée est étrangère à notre sujet : il ne s'agit pas en réalité du calcul d'un délai, mais de la détermination du point de départ des effets d'un acte.

L'expression employée par l'article 252 est-elle assez claire pour faire admettre une dérogation au bon sens et à la logique ? Cette expression se retrouve non seulement dans l'article 1445, mais aussi dans un autre article de nos Codes et elle n'y est pas en général entendue dans le sens que l'on prétend donner à l'article 252. L'article 1328 Code civil porte : « Les actes sous seing privé n'ont de date à l'égard des tiers que *du jour* où ils ont été enregistrés, *du jour* de la mort de l'un des signataires etc. » La plupart des auteurs enseignent que si deux actes incompatibles ont acquis date certaine le même jour, toute partie

sera recevable à établir par la preuve testimoniale ou à l'aide de simples présomptions l'antériorité du titre qu'elle invoque ; on ne touche pas en effet à la certitude respective des dates qui reste entière ; on se contente uniquement de déterminer dans le cercle d'heures où elles sont fixées l'antériorité de l'une sur l'autre. Aubry et Rau, t. VIII, § 756, texte et note 141. Larombière, Obligations, t. VI sur l'article 1328, n° 53. Demolombe, Obligations, t. VI, n° 586. Contrà Douai, 3 août 1870. Sirey 1870, 2, 273. Laurent XIX, n° 280. « Il résulte de cet exemple que l'expression *à partir du jour d'un acte* n'a pas une « signification certaine et invariable. On ne doit pas sur « le fondement d'une expression d'un sens équivoque, « prêter au législateur une volonté arbitraire et illogique. » (1).

Rien, en effet, ne justifierait cette rétroactivité de quelques heures qu'on attribue à la demande ; elle serait même à certains égards dangereuse ; quoi de plus injuste, que de dessaisir le mari de ses droits et de l'exposer à de graves responsabilités envers sa femme, avant de l'avoir averti du changement qui s'est produit dans sa situation ?

On objecte les difficultés de preuve qui ne manqueraient pas de se présenter au cas où une recherche d'antériorité serait admise. Ce reproche est vain : il arrivera fort souvent qu'il sera très-facile d'établir l'antériorité ; la plupart du temps, il ne sera pas nécessaire de déterminer l'heure et la minute exactes des événements. Reprenons le cas d'une succession qui s'ouvre le jour même de la demande : l'exploit d'ajournement ne peut être délivré que pendant la journée ; si le décès qui donne lieu à l'ouverture de la succession se produit en dehors des heures

(1) M. Labbé, note précitée.

fixées par l'article 1037 du Code de procédure civile, ce qui d'ordinaire sera facilement établi, l'antériorité de l'exploit ou du décès en résultera tout naturellement ; et d'ailleurs la difficulté de la preuve n'est pas une raison pour refuser de l'admettre.

Enfin que faudra-t-il décider si aucune des deux parties n'établit l'antériorité respective de la demande et du fait qui fonde son droit ?

Admettra-t-on que les deux parties exerceront leurs droits par concurrence, que, pour reprendre le même exemple, la demande et l'ouverture d'une succession mobilière se plaçant à la même date, la succession sera répartie également entre la communauté et l'époux du chef duquel elle provient ? Une solution analogue a été adoptée sur l'article 1328 par certains auteurs (1) ; elle est contraire aux principes qui régissent la preuve ; celui qui réclame un droit est tenu de le prouver ; à défaut de preuve, il succombe dans sa prétention ; le défendeur gagne son procès, non parce qu'il établit son droit, mais parce que son adversaire ne prouve pas le sien : *in pari causa melior est causa possidentis* (2). Les juges devront donc déterminer avec soin les rôles de demandeur et de défendeur, puisque la charge de la preuve et le succès de la cause en dépendent. Dans notre espèce, le défendeur est l'héritier du chef duquel la succession provient ; le demandeur, c'est l'époux qui réclame cette succession pour la communauté ; c'est contre celui-ci que le doute se résoudra.

Nous avons terminé l'étude des difficultés qui s'élèvent sur le sens de l'article 252 *in fine* ; les résultats de cette étude peuvent se résumer dans les principes suivants :

(1) Laurent, t. XIX, n° 280.

(2) Larombière, Obligations t. VI sur l'article 1328, n. 53 *in fine*. Aubry et Rau, t. VIII, § 756 texte et note 139.

1^o La rétroactivité du jugement de divorce est une exception au droit commun et ne concerne que la dissolution du régime matrimonial des époux.

2^o Cette rétroactivité n'existe pas vis-à-vis des tiers ; elle ne peut être invoquée ni contre eux, ni par eux ;

3^o Les tiers sont les personnes dont le droit est né antérieurement à la dissolution du mariage, c'est-à-dire, ainsi que nous allons le démontrer, à la transcription du jugement de divorce.

5^o Le point de départ des effets du divorce quant à la dissolution du régime matrimonial est le moment où l'assignation en divorce devant le tribunal est signifiée à l'époux défendeur.

CHAPITRE II.

LA TRANSCRIPTION DU JUGEMENT DE DIVORCE OPÈRE DISSOLUTION DU MARIAGE.

Nous avons vu que la dissolution du régime matrimonial remonte seule au jour de la demande ; quant à la dissolution du mariage même, elle a pour point de départ la transcription du jugement sur les registres de l'État civil.

Cette décision, affirmée par un jugement du tribunal de la Seine, en date du 29 novembre 1888 (le Droit, 1^{er} janvier 1889), est combattue par M. Carpentier (Lois nouvelles, 1887, p. 223), M. Curet (Code du divorce, n° 267), et par M. le substitut Danion dans les conclusions qui ont précédé le jugement ci-dessus (le Droit, ib.) ; pour ces auteurs, depuis la loi du 18 avril 1886, c'est le jugement et non la transcription qui produit la dissolution du mariage. Il existe dans le sens de leur opinion un arrêt de Limoges du 26 novembre 1887 (Jurisprudence du divorce, juin 1888, p. 174).

Exposons d'abord les raisons que fait valoir le tribunal de la Seine ; nous discuterons ensuite les objections qu'on leur oppose ; enfin nous examinerons les considérations qui viennent appuyer les arguments du tribunal.

Le tribunal fait observer que « sous les régimes antérieurs à celui qui nous régit le mariage n'était dissous
« que par la transcription du divorce..., que dans la matière qui règle l'état et la capacité des personnes et qui
« touche essentiellement à l'ordre public, la rétroactivité

« présente de graves inconvénients et même des dangers ;
« que pour les époux, les tiers et aussi dans l'intérêt gé-
« néral, il importe au plus haut degré que les effets du
« mariage cessent à partir d'un moment précis et déter-
« miné, et ne restent pas en suspens pendant une période
« de temps plus ou moins longue ;... qu'avec la rétroacti-
« vité, si durant cette période la femme s'engage avec des
« tiers sans autorisation, il dépendra des époux de faire va-
« luer ou invalider leur engagement en requérant ou en
« s'abstenant de requérir la transcription du jugement
« définitif ; si les époux manquent à la foi conjugale, on
« devra attendre la transcription pour décider si leur con-
« duite est ou non délictueuse ; que la même incertitude
« planera sur la légitimité des enfants qui seraient con-
« çus dans cette période. » Le jugement constate en outre
que « si on se réfère à l'exposé des motifs, on y lit au su-
« jet de la transcription : *la nature de cette formalité est*
« *seule modifiée, les effets en subsistent* ; que c'était bien
« dire par là que la transcription du jugement n'aurait
« pas plus d'effet rétroactif qu'elle n'en avait sous la loi
« de 1884 ;... que la transcription a tellement le caractère
« d'une formalité substantielle du divorce, qu'alors même
« qu'elle aurait été requise, si elle n'avait pas été faite
« avant le décès de l'un des époux, le jugement serait
« sans valeur aucune (article 244 Code civil). » Il est per-
mis d'induire de ces faits et considérations, conclut le
tribunal, « que le nouveau législateur a dû vouloir et a
« réellement voulu que la dissolution du mariage datât
« seulement du jour de la transcription. »

Des attaques nombreuses ont été dirigées contre ce sys-
tème ; nous emprunterons la plupart des objections dont
nous allons entreprendre l'examen aux conclusions de
M. le substitut Danion, qui leur a donné toute la vigueur
possible en défendant la rétroactivité de la transcription

au jour du jugement dans l'affaire tranchée par le jugement du 23 novembre 1888.

On fait d'abord valoir certains arguments de texte. Depuis 1886 c'est le tribunal et non l'officier de l'état civil qui *prononce* le divorce. La loi le dit expressément (articles 246, 247 § 2, 249, 250). « Or, prononcer le divorce, c'est « prononcer la dissolution du mariage. Ces mots ne peuvent avoir d'autre sens. Ils sont d'autant plus significatifs que le législateur de 1884 s'était servi d'autres expressions. Le tribunal *admettait* le divorce et autorisait le demandeur à se présenter devant l'officier de l'état civil pour le faire *prononcer*. » (M. Danion), cf. articles 264, 290, 294 anciens.

Pourquoi cette modification ? il y a un motif de fait : la comparution des parties devant l'officier de l'état civil donnait parfois lieu à des scènes scandaleuses : il était beaucoup plus simple de faire transcrire. Mais il est aussi un motif de droit. « Le législateur de 1884 qui conférait à l'officier de l'état civil le droit de prononcer le divorce, « avait emprunté cette disposition au législateur de 1803 ; « il n'avait pas pris garde que, si cette disposition convenait à la loi de 1803, elle ne convenait guère à la loi de 1884. En effet la loi de 1803 reconnaissait le divorce par « consentement mutuel. On comprenait dès lors qu'un « contrat formé par la volonté des parties et rompu par « leur consentement mutuel fût rompu dans les formes « mêmes où il avait été passé, c'est-à-dire devant l'officier « de l'état civil. Mais lorsque ce contrat librement formé « ne peut être rompu que pour cause déterminée, c'est-à-dire pour des motifs indépendants de la volonté commune des parties, l'intervention du magistrat municipal ne se conçoit plus. Il y a, comme le disait M. Allou « au Sénat, une certaine dignité pour la justice à ce qu'on « s'arrête à la décision qu'elle a prise.

« Pourquoi, disait M. Brisson, garde des sceaux, main-
 « tiendrait-on une disposition, qui est en somme une ex-
 « ception à un principe qui veut qu'un jugement ou un
 « arrêt définitif comporte l'exécution immédiate, » J. off.
 Sénat. Débats, 13 décembre 1885, p. 1298. (M. Danion).

On s'appuie en outre sur l'article 252 § 4 qui est ainsi
 conçu : « A défaut par les parties d'avoir requis la trans-
 « cription dans le délai de deux mois, *le divorce est con-*
 « *sidéré comme nul et non avenu* ». « Le divorce existait
 « donc avant la transcription. S'il n'existait pas, il ne
 « pourrait devenir nul. Ce n'est pas la transcription qui le
 « crée puisque l'absence de transcription le fait disparaître;
 « elle le rend seulement irrévocable. » (ib.).

La situation est exprimée par la formule juridique sui-
 vante : « Avant la transcription du jugement prononçant
 « le divorce, la femme est divorcée sous condition sus-
 « pensive, c'est-à-dire sous condition que ledit jugement
 « sera transcrit. Et comme, d'après le droit commun, la
 « condition accomplie a un effet rétroactif, il en résulte
 « que si la transcription a lieu, la femme est divorcée du
 « jour du jugement. (ib.) »

Quelle est la valeur de ces arguments ? Les textes invo-
 qués par M. Danion, et desquels il résulte que c'est le
 tribunal qui prononce le divorce, qu'à défaut de transcrip-
 tion en temps utile, le divorce est considéré comme nul et
 non avenu, ne nous paraissent pas inconciliables avec no-
 tre théorie. On peut très-bien admettre qu'à partir du ju-
 gement le divorce existe, et que cependant il ne produise
 effet qu'à partir de la transcription. Le divorce existe, di-
 sons-nous, en ce sens qu'à partir du moment où le juge-
 ment est rendu, il constitue un droit acquis pour chacune
 des parties. Il en était autrement avant la loi du 18 avril
 1886, lorsque le jugement se bornait à autoriser le deman-
 deur à requérir la prononciation du divorce ; il est toujours

permis de renoncer à se prévaloir d'une autorisation ; un pareil jugement ne pouvait conférer aucun droit au défendeur ; l'époux outragé, qui avait obtenu gain de cause, avait donc seul la faculté de requérir l'officier public ; c'est dans cette réquisition que consistait véritablement la demande en divorce ; le droit de demander le divorce ne saurait appartenir à l'époux coupable. Aujourd'hui, au contraire, « le jugement que le demandeur a voulu obtenir, qu'il a poursuivi jusqu'au bout, ne sera pas sa propriété exclusive ; il profitera au défendeur aussi bien qu'à lui » (M. Léon Renault, J. off. ib. p. 1301). Il appartient désormais à l'époux coupable comme à l'époux innocent de donner effet à ce jugement par la transcription, ce qui est tout naturel, puisqu'il ne s'agit plus d'obtenir le divorce, privilège que l'on concevrait réservé à l'époux innocent, mais seulement de réaliser un divorce déjà acquis.

Les paroles de M. Allou et de M. Brisson, qui au premier abord paraissent favorables au système adverse quand on les cite isolément, sont loin d'avoir la même portée quand on les replace au milieu de la discussion à laquelle elles se rapportent ; elles veulent dire simplement que la décision du juge doit valoir par elle-même, et, une fois rendue, ne peut être anéantie sans l'accord des deux parties.

La phrase de M. Brisson en particulier, celle qui semble la plus décisive, perd toute l'autorité qu'on lui attribue, lorsqu'on lit quelques lignes plus bas (J. off. ib., p. 1299). « La transcription organise la manière dont le divorce sera porté à la connaissance du public et deviendra désormais un fait *positif* et irrévocable ». A dix lignes de distance M. Brisson ne s'est certainement pas mis en contradiction avec lui-même : or, dit M. Brisson, avant la transcription, le divorce n'est pas encore un fait *positif* ; c'est dire qu'il ne produit pas encore d'effet ; c'est dire

qu'il n'est encore qu'un fait virtuel. Ces quelques paroles de M. Brisson résument, à nos yeux, de la façon la plus heureuse le système de la loi : par la transcription le divorce devient un fait positif et irrévocable ; le divorce ne devient un fait positif qu'à l'instant même où il devient un fait irrévocable : rien de plus naturel en effet, pour qu'il n'y ait aucune incertitude sur l'état des personnes, que de retarder l'effet du divorce jusqu'au moment où le divorce est devenu définitif.

Nos adversaires donnent à l'innovation de la loi de 1886 un double motif, un motif de fait, qu'ils négligent, un motif de droit dont ils tirent argument. Le motif de fait nous paraît seul sérieux : la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil en présence des deux parties donnait lieu à des scandales auxquels il importait de mettre fin ; la discussion de la loi ne laisse aucun doute là-dessus. Quant au motif de droit, il est erroné et au point de vue historique et au point de vue rationnel : On ne voit pas pourquoi l'intervention de l'officier municipal était indispensable en cas de divorce par consentement mutuel ; ce divorce n'était pas prononcé *de plano* par l'officier public ; il devait préalablement être admis par un jugement aussi bien que le divorce pour causes déterminées ; dès lors, puisque l'autorité judiciaire était nécessairement saisie, rien n'aurait empêché qu'elle ne prononçât le divorce par consentement mutuel, ainsi qu'elle prononce aujourd'hui le divorce dans les cas prévus par la loi de 1884. D'autre part il est vraiment singulier de prétendre que le respect dû à la justice était diminué, quand, au lieu de prononcer le divorce, elle se bornait à l'autoriser ; la justice accorde tous les jours des autorisations de toute nature dont on est libre d'user ou de ne point user, une fois qu'on les a obtenues : on ne considère pas pour cela sa dignité comme atteinte.

Mais, nous dira-t-on, si le divorce résulte du jugement, il est assez extraordinaire qu'il ne produise pas un effet immédiat ; c'est une particularité d'un caractère très exceptionnel qu'il est impossible d'admettre sans preuves certaines.

Qu'il y ait là une anomalie, nous ne le contestons nullement ; la chose est d'autant moins douteuse qu'elle a été formellement reconnue au cours des débats. « Avec le « nouveau système proposé, dit M. Labiche (*J. off. ib.* « p. 1295), c'est en réalité l'autorité judiciaire qui pronon- « cera définitivement ; mais ce qui semble *une anomalie* « avec ce système, c'est que l'exécution de la décision « restera subordonnée à l'accomplissement d'une forma- « lité d'enregistrement. »

Voilà déjà une des preuves demandées ; dans un moment nous en donnerons d'autres tirées des textes et des travaux préparatoires.

Reprenons maintenant l'examen des objections dirigées contre le système du tribunal de la Seine. Le tribunal, on s'en souvient, s'appuie sur l'article 244 in fine ; d'après cet article, l'*action en divorce* s'éteint par le décès de l'un des époux survenu avant la transcription ; le tribunal en conclut que l'action dure jusqu'à la transcription. Si l'action dure jusqu'à la transcription, c'est la transcription et non le jugement qui crée le divorce.

Cette rédaction, réplique-t-on, est un souvenir de la loi de 1803 et de celle de 1884 ; elle se comprenait très bien sous l'empire de ces deux lois, parce que c'était l'officier de l'état civil qui prononçait le divorce et que l'action durait jusqu'à cette prononciation ; sous l'empire de la loi de 1886, elle est devenue vicieuse. « Si le législateur a « enlevé à l'époux survivant le droit de faire transcrire et « de faire ainsi rétroagir la dissolution du mariage au « jour du jugement, c'est qu'il a été dominé par cette idée

« qu'une réconciliation serait encore possible après le
« jugement... Il eût méconnu le but qu'il poursuivait s'il
« avait accordé à l'époux survivant le droit de faire trans-
« crire, parce que si l'époux décédé avait vécu une récon-
« ciliation se serait peut-être produite ». (M. Danion, loc.
cit.)

Nous ne discuterons pas le mérite de ces explications ; pour nous, l'article 244 n'a pas une importance capitale. C'est un emprunt fait à la théorie de la séparation de corps : d'après la jurisprudence, en effet, le décès de l'un des époux anéantit même le jugement prononçant la séparation, si ce jugement n'est pas encore devenu irrévocable. Metz, 6 mars 1872; Bordeaux, 27 janv. 1873. (Sirey, 1873, 2, 15 et 267).

L'assimilation entre le divorce et la séparation de corps se conçoit quelque parti qu'on prenne sur notre question.

Le tribunal de la Seine invoquait la nécessité d'assurer la stabilité de l'état des personnes; il parlait de l'intérêt des tiers, de l'intérêt public : la rétroactivité du divorce au jour du jugement présente à ces divers points de vue de graves inconvénients.

Ces inconvénients, on les reconnaît ; mais, dit-on, le législateur lui-même en a pris son parti, et il en existe d'aussi considérables dans le système opposé.

Ainsi, M. Allou répondait à M. Labiche, qui demandait le maintien de l'ancien état de choses et se plaignait qu'on ne fixât pas une date certaine, qu'on n'eût pas une situation régulière avec le système de la transcription : « Ce
« sera la situation de tous les débats judiciaires. Quand on
« a épuisé toutes les voies de juridiction, la décision prise
« devient définitive. Il en sera de même pour le divorce » (J. Off. ib.).

Et, en effet, on fait remarquer que, « dans tout débat
« judiciaire, il y a une période d'incertitude. Après le juge-

« ment, on ne sait ni s'il y aura appel, ni quel en sera le
 « résultat.... Le système de la non-rétroactivité de la trans-
 « cription présente, d'ailleurs, des inconvénients identi-
 « ques. Si l'état de la femme est certain jusqu'à la trans-
 « cription, la date à laquelle cet état changera est in-
 « certaine, — tandis que le jugement a une date fixe que
 « les époux et les événements ne peuvent changer... Aux
 « termes de l'article 252, l'officier de l'état civil a cinq
 « jours à dater de la réquisition pour faire la transcription.
 « La date de la dissolution du mariage dépendrait donc de
 « l'arbitraire du maire pendant ce délai ». (M. Danion,
 loc. cit.)

Les réponses faites par les partisans du système de la rétroactivité à l'argument tiré de l'intérêt des tiers sont d'une faiblesse évidente. On dénature d'abord le sens du débat qui s'est élevé entre M. Labiche et M. Allou. M. Labiche tenait pour l'ancien état de choses pour deux motifs : 1^o la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil laisse subsister jusqu'à la fin l'espoir d'un désistement de la part de l'époux demandeur ; 2^o d'après le projet du gouvernement, l'officier public avait huit jours pour opérer la transcription ; pendant ces huit jours il fixait donc à son gré le moment de la dissolution du mariage : à cet arbitraire M. Labiche opposait la précision du système ancien. C'est à la première objection, et non à la seconde que répond M. Allou, dans le passage cité plus haut : après le jugement, dit-il en résumé, une réconciliation n'est plus à espérer ; une fois que les juges ont prononcé, il faut s'arrêter à la décision prise ; *cette décision doit être définitive* ; il ne doit plus être au pouvoir du demandeur d'en arrêter l'effet. Mais rien dans les paroles de M. Allou n'empêche de supposer que cet effet soit immédiat, au lieu d'être reculé jusqu'à la transcription. Quant à la seconde objection de M. Labiche, M. Allou n'y fit aucune réponse ;

cette objection était fondée et il en fut tenu compte par la commission; le texte voté en seconde délibération porte que la transcription doit être opérée le cinquième jour de la réquisition, et non dans les cinq jours, ainsi que M. Danion le suppose à tort; dans le système de la non-rétroactivité, la date de la dissolution du mariage n'est donc nullement abandonnée à l'arbitraire de l'officier public.

Mais, dit-on encore, la date de la dissolution du mariage n'en est pas moins incertaine, puisque les parties ont deux mois pour faire la réquisition. L'inconvénient, répondrons-nous, n'est pas plus grand que lorsque le mariage prend fin par le décès de l'un des époux; l'époque du décès n'est pas moins incertaine que celle de la transcription. Le danger n'est pas là; il est dans la rétroactivité qui pendant une période de temps plus ou moins longue tient en suspens l'état des époux et la validité de leurs actes, doute funeste qui supprime toute sécurité dans les relations sociales.

Dans notre système au contraire, si la date de la dissolution du mariage est incertaine, l'état d'époux n'est à aucun moment incertain; on peut toujours savoir à l'instant même où un acte est passé, si cet acte est accompli en état de capacité ou en état d'incapacité, il suffit de vérifier si la transcription est ou n'est pas encore faite.

Les explications de nos adversaires sont encore moins satisfaisantes quand on leur oppose les travaux préparatoires. Aucun ne fait mention de la phrase de l'exposé des motifs, relative à la transcription, que relève le jugement au tribunal de la Seine: la nature de cette formalité est seule modifiée, les effets en subsistent. A en croire M. Danion, cette question de rétroactivité de la transcription n'aurait pas été spécialement envisagée dans les travaux préparatoires

« Il me semble plutôt, dit-il, qu'on a eu surtout en vue

« de bien établir que le jugement de divorce, une fois devenu définitif d'après les règles ordinaires, ne le serait pas encore d'après les règles de la loi sur le divorce, qu'il ne deviendrait irrévocable que par la transcription, et que, s'il n'était pas transcrit dans les délais légaux, il serait de nul effet. »

Nous croyons que c'est faire trop bon marché des travaux préparatoires; nous allons voir en effet si nous ne pouvons pas tirer et d'eux et des textes le complément de preuve que nous avons annoncé.

La volonté du législateur s'est nettement affirmée dans deux circonstances. Lorsque l'article 251 qui édicte la publication du jugement du divorce vint en discussion au Sénat, M. Griffe critiqua cette disposition; suivant lui c'était la transcription et non le jugement qu'on aurait dû publier, puisque c'est la transcription qui opère la dissolution du mariage. Le rapporteur, M. Labiche, répliqua très-justement qu'une publicité préventive n'en est que plus sérieuse; les tiers sont moins exposés à être trompés si la publication précède, au lieu de suivre, le changement des époux. Il résulte bien et de l'objection et de la réponse qu'elle a provoquée que la publication du jugement faite en conformité de l'article 250 est antérieure à la dissolution du mariage. Voici d'ailleurs les termes exacts de ce débat (J. Off. 1885. Sénat. débats 23 décembre 1885 p. 1362).

M. Griffe: « A quoi bon faire connaître aux tiers le jugement de divorce, et surtout pourquoi leur faire connaître ce jugement avant la transcription nécessaire sur les registres de l'état civil? *Sans cette transcription le divorce n'existe pas encore*; pourquoi donc le rendre public? ». M. le rapporteur: « Votre Commission a pensé que, quand la désunion des époux avait déjà reçu la consécration de la justice, il était intéressant pour les tiers de savoir que, *dans un temps qui ne peut être très éloigné, la séparation d'intérêt des*

« *époux pouvait devenir un fait accompli*. Il est certain
 « que le divorce *va amener* une situation légale absolu-
 « ment différente; il est incontestable que l'état civil *va se*
 « *trouver* absolument modifié, et qu'il est bon que les tiers
 « soient prévenus que l'on est *à la veille* de la consécra-
 « tion de cette situation nouvelle par la transcription sur
 « les registres de l'état-civil. »

Enfin nous trouvons la confirmation la plus nette de
 notre système dans l'article 252, § 2, et dans la discussion
 à laquelle cet article a donné lieu. Nous avons déjà dit
 que, d'après le projet du gouvernement, l'officier public
 avait huit jours pour transcrire; l'article 19, § 2 du projet
 était ainsi conçu (*J. Off.* 1885, Sénat. Annexes p. 209):
 « Cette transcription est faite par les soins de l'officier de
 « l'état civil, *dans la huitaine* de la signification, sous
 « les peines édictées par l'article 50 du Code civil. »

La minorité de la commission du Sénat se montra hos-
 tile à cette rédaction; le rapport de M. Labiche (*J. Off.*
 ib. p. 299) en reproduit les critiques: « N'y aura-t-il pas,
 « pour la constatation des droits qui résultent de la disso-
 « lution du mariage, des inconvénients à ce que l'instant
 « précis de cette dissolution ne soit pas déterminé d'une
 « façon incontestable? A ce que cette dissolution résulte
 « seulement de l'accomplissement d'une formalité confiée
 « à l'arbitraire d'un officier d'état civil, parfois peu vigi-
 « lant et peu éclairé? — Le projet laisse en effet à l'offi-
 « cier d'état civil un délai de huitaine *pour faire la trans-*
 « *cription, c'est-à-dire pour déterminer* à son choix,
 « sans aucun contrôle, et en l'absence de la partie inté-
 « ressée, *le moment où le mariage aura pris fin*. »

Ces objections furent renouvelées en séance par M. La-
 biche (*J. Off.* Sénat. Débats. 13 déc. 1885, p. 1295 et 1298):
 « Ainsi pendant huit jours il dépendra de l'arbitraire
 « d'un greffier de mairie de faire que le divorce prononcé

« par les tribunaux produise ou non effet... Pendant ce
 « délai aucun des époux ne pourra connaître exactement
 « sa situation, *savoir s'il est encore ou non dans les*
 « *liens du mariage*... L'avantage de dispenser la partie
 « requérante d'une comparution... a-t-il assez d'importan-
 « tance pour compenser les inconvénients... qui résulte-
 « raient... *de l'incertitude du jour, du moment précis de*
 « *la dissolution du mariage*..? A ce greffier de mairie vous
 « donnez huit jours pour faire cette transcription au mo-
 « ment qui lui conviendra ;... c'est le greffier qui déter-
 « minera en réalité *le moment précis de la dissolution*
 « *du mariage, le moment où le divorce existera* ; et ce
 « moment il le fixera à huis-clos, sans témoins, sans ga-
 « rantie. »

Le Sénat fut touché de ces observations et en conséquence le texte fut modifié de la façon suivante : « Cette
 « transcription est faite par les soins de l'officier de l'état
 « civil *le cinquième jour* de la réquisition, non compris
 « les jours fériés, sous les peines édictées par l'article 50
 « du Code civil » (article 252, § 2) ; c'est-à-dire que la
 transcription doit avoir lieu le cinquième jour, et non un
 jour quelconque de ceux qui précèdent le cinquième jour
 (Carpentier, 2^e partie, p. 179).

Résumons les éléments de cette discussion. M. Labiche se plaignait que le moment de la dissolution du mariage fût laissé au bon plaisir de l'officier public, auquel huit jours étaient accordés pour transcrire. Le Sénat lui donne satisfaction en supprimant le délai de huitaine et en déterminant avec exactitude le jour auquel il devra être procédé à la transcription : il résulte de là que c'est la transcription et non le jugement qui opère la dissolution du mariage ; sinon il importerait peu que la transcription fût faite le premier jour ou le huitième, puisqu'elle rétroagirait dans tous les cas à la même date, au jour du juge-

ment. Le Sénat s'est donc approprié l'opinion de M. Labiche et a voulu, en précisant le jour de la transcription, enlever à l'arbitraire de l'officier public le pouvoir de fixer le jour de la dissolution du mariage. Le texte de l'article 252, § 2, modifié ainsi qu'on l'a vu, ne laisse aucun doute sur les intentions du législateur (1).

Nous avons démontré que c'est par la transcription que le lien conjugal est rompu ; le mariage est dissous au moment où la transcription a lieu, c'est-à-dire à l'instant précis où l'acte devient parfait par la signature de l'officier public apposée sur le registre de l'état civil (2).

Normalement c'est le cinquième jour de la réquisition, non compris les jours fériés, que la transcription doit être opérée ; mais une transcription opérée un autre jour que le cinquième n'en serait pas moins valable et n'en produirait pas moins à sa date la dissolution du mariage. La loi ne prononce pas en pareil cas la nullité de la transcription ; cette nullité serait injustifiable ; les parties ont fait tout ce qui dépendait d'elles lorsqu'elles ont fait la réquisition en temps utile. La sanction ne consiste que dans une

(1) On peut encore invoquer dans le sens de notre opinion les paroles déjà citées (p. 83) de M. Labiche, dans lesquelles il donnait, comme rapporteur de la loi, le motif de la rétroactivité du divorce entre époux. « Cette innovation a pour objet d'enlever aux époux la faculté de modifier en ce qui les concerne le patrimoine de la communauté, en avançant ou retardant, suivant certaines combinaisons, le moment où la décision des juges sera définitive et où par conséquent elle produit seulement effet aujourd'hui. » (J. Off. ib. p. 1368). Donc, « en principe, la décision des juges ne produit effet, qu'au moment où elle devient définitive ; or, elle ne devient définitive que par la transcription. Si la dissolution du mariage avait été l'effet immédiat du jugement, M. Labiche se serait contenté de dire :... en avançant ou retardant, suivant certaines combinaisons, le moment de la décision des juges. »

(2) Nous n'admettrions pas la concurrence de deux actes incompatibles intervenus l'un et l'autre le jour de la transcription ; ce sera au demandeur de prouver à quel moment la transcription a été faite. Nous avons déjà adopté la même solution quand les deux actes incompatibles se placent au jour de la demande V. p. 116.

amende infligée à l'officier public, sans préjudice des dommages-intérêts auxquels celui-ci pourra être tenu envers les parties ou les tiers en raison de sa négligence (1).

La transcription opère à sa date la dissolution du mariage, même vis-à-vis des tiers, indépendamment de l'accomplissement des formalités de publicité prescrites par l'article 250. Nous devons dire en quelques mots quelle est l'utilité de ces mesures, quel en est l'effet, quelle en est la sanction.

On a contesté l'utilité de ces formalités de publicité. « Le législateur, dit M. Danion (*loc. cit.*), n'avait pas à « protéger les tiers contre la femme divorcée, puisque le « divorce rend la femme capable. » Si cette critique était juste, on pourrait également blâmer le législateur d'avoir édicté la publicité des séparations, car l'effet de la séparation de biens ou de corps est d'augmenter la capacité de la femme. Mais on se méprend sur le but de ces formalités de publicité ; ces formalités, en cas de divorce comme en cas de séparation, ont pour objet de protéger les tiers, non contre la femme, mais contre le mari ; le divorce, comme la séparation, enlève au mari ses droits de chef de la communauté, de maître de la dot ; il est bon que les tiers soient avertis de ce changement.

Aucun effet spécial ne se rattache aux publications ; la situation des tiers reste, après les publications, ce qu'elle était avant. Ainsi les effets de la dissolution du régime matrimonial restent limités aux époux ; ils ne se produisent pas encore dans les rapports des époux avec les tiers ; pour les tiers, le régime matrimonial ne prend fin qu'avec le mariage lui-même, au moment de la transcription.

(1) La loi ordonne également qu'il soit fait mention du jugement en marge de l'acte de mariage ; le défaut de mention n'a d'autre sanction qu'une amende contre l'officier public coupable (art. 49 et 50, C.C.), et, au cas de préjudice causé, une condamnation contre ce fonctionnaire à des dommages-intérêts.

Nous avons vu que si le jugement, dûment transcrit, remonte au jour de la demande seulement quant à ses effets entre époux, c'est qu'il ne convient pas d'intéresser les tiers aux résultats de l'instance ; leur intervention aurait pour résultat de vicier le caractère du procès ; après les publications comme après le jugement, le même motif subsiste ; jusqu'à la transcription, une réconciliation peut toujours être espérée ; elle serait impossible, si l'intérêt des tiers venait compliquer les relations des époux.

Pour certains auteurs, la publication du jugement aurait pour effet de rendre opposable aux tiers la dissolution du mariage ; nous avons réfuté d'avance cette opinion en démontrant que la dissolution du mariage ne saurait avoir lieu qu'au moment de la transcription. Les motifs qu'on nous oppose sont du reste d'une faiblesse extrême.

« La publication du jugement, dit M. Paul Pic (*Jurisprudence du divorce*, février 1887, p. 38), est prescrite dans « l'intérêt des tiers ; or si le jugement, dûment transcrit, « ne devait pas rétroagir au jour de la publication, quel « danger y aurait-il eu pour les tiers, à ce que le jugement « fût tenu clandestin ? Il eût suffi de prévenir le public « dans un délai déterminé après la transcription. » Les travaux préparatoires avaient déjà répondu à cette objection d'une façon péremptoire (V. *supra* p. 128) ; la publicité édictée par l'article 250, nous disent ils, n'est pas une publicité rétroactive ; c'est une publicité préventive ; elle n'annonce pas que le mariage est dissous ; elle annonce qu'il va être dissous : l'efficacité supérieure d'une publicité ainsi comprise n'est pas contestable.

Toute espèce de doute disparaît en présence des paroles prononcées au cours des débats par M. Griffé (*J. Off. Sénat Débats*, 13 décembre 1885 p. 1302). « La transcription du « jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce est sur- « tout édictée dans l'intérêt des tiers... Il faut que la date

« de la dissolution du mariage soit irrévocablement fixée
« et constatée ; car les tiers ont intérêt à la connaître... ;
« c'est la transcription qui la fixe. » *

Quelle est enfin la sanction de l'inaccomplissement des formalités de publicité ?

Ce n'est certainement pas la nullité du divorce *erga omnes* ou seulement à l'égard des tiers lésés par le fait des époux divorcés. Loin de prononcer expressément la nullité, la loi ne contient pas même une formule prohibitive dont on puisse l'induire.

D'après M. Carpentier (2^e part., p. 169), la sanction est un empêchement prohibitif au divorce ; l'officier de l'état civil pourra refuser de transcrire, si on ne lui justifie pas de l'accomplissement des formalités de publicité. A nos yeux un pareil refus constituerait un excès de pouvoir : les seules pièces justificatives que l'article 252 permette à l'officier de l'état civil d'exiger sont les certificats de non opposition ou appel ou de non pourvoi.

Suivant nous la sanction sera le droit pour les tiers auxquels le défaut de publicité a causé préjudice de réclamer des dommages-intérêts à l'un et l'autre des époux ; les deux époux en effet sont en faute ; ils auraient dû tous deux veiller à la publication du jugement ; la réparation la plus naturelle sera dans nombre de cas et suivant les circonstances la nullité ou le maintien de l'acte contesté.

L'accomplissement des formalités de publicité est donc chose indifférente quant à la réalisation du divorce ; la dissolution du mariage résulte de la transcription seule qui en est la condition nécessaire et suffisante.

DEUXIÈME PARTIE

APPLICATIONS

CHAPITRE PREMIER

EFFETS QUI ONT POUR POINT DE DÉPART LE JOUR DE LA DEMANDE

Nous avons démontré que la disposition finale de l'article 252 signifie simplement que le régime matrimonial des époux est dissous en ce qui les concerne du jour de la demande ; nous allons examiner les applications de ce principe sous les quatre régimes matrimoniaux établis par le Code civil.

§ 1

Régime de la communauté

Les conséquences de l'effet rétroactif du jugement de divorce peuvent être relatives soit à la composition, soit à l'administration, soit à la dissolution, soit enfin à la composition de la communauté.

Section I. — Composition de la communauté.

Dans les rapports des époux entre eux la communauté est réputée dissoute du jour de la demande en divorce; il résulte de là que dans le règlement des droits respectifs des époux le bilan actif et passif de la communauté doit être arrêté à cette date. Cette règle signifie-t-elle que la composition de la masse partageable soit définitivement fixée au jour de la demande, en sorte que cette masse ne soit plus susceptible d'accroissement ni de diminution? non; la composition de la communauté comme celle de toute universalité juridique comporte des variations jusqu'au moment où cette masse prend fin par une liquidation; c'est ainsi que le bilan d'une hérédité est arrêté au jour de l'ouverture de la succession; ce qui n'empêche pas que dans l'intervalle qui s'écoulera de ce jour au jour du partage la composition de cette succession aura pu être modifiée; c'est ce qu'exprimait déjà Ulpien (fr. 20, § 3. *D. de her., pet., L. V. t. 3*, « hereditas et augmentum recipit et deminutionem »).

La communauté est fixée dans sa composition au jour de la demande, en ce sens qu'à partir de ce jour elle n'est plus susceptible que de modifications naturelles; elle ne comporte plus ni augmentation, ni retranchement arbitraire.

Ce principe ne reçoit-il pas une exception dans les cas prévus par l'article 243 du Code civil?

D'après l'article 243, toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 235 sera déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle a été faite ou contractée en fraude des droits de la femme.

La loi suppose donc que les époux sont mariés sous le régime de la communauté ; sous ce régime, le mari peut vendre, aliéner et hypothéquer les biens de la communauté sans le concours de la femme (article 1421 Code civil) ; il peut indéfiniment obliger la communauté (article 1409, 2^o) : L'effet rétroactif du jugement de divorce atteint-il ces pouvoirs ? La loi, peut-on dire, décide la question négativement ; c'est seulement dans le cas où le mari aurait consenti une aliénation ou contracté une dette *en fraude* des droits de la femme que l'article 243 donne à la femme une action en nullité ; donc, à part le cas de fraude, l'acte est valable ; et comme la loi n'établit aucune distinction entre la validité de l'acte à l'égard de la femme et la validité à l'égard des tiers, il faudra décider que l'acte non frauduleux sera valable aussi bien à l'égard de la femme qu'à l'égard des tiers. Ainsi vis-à-vis de la femme elle-même, les actes de disposition accomplis par le mari pendant la durée de l'instance ne seraient pas rétroactivement résolus par l'effet du jugement de divorce. La rétroactivité n'atteindrait pas les pouvoirs du mari comme chef de la communauté. Car si la rétroactivité frappait les actes énumérés dans l'article 243, il faudrait bien sans doute établir la fraude pour que la nullité fût opposable aux tiers, puisque ceux-ci en principe ne doivent pas souffrir de la rétroactivité du jugement de divorce ; mais ces mêmes actes seraient résolus de plein droit vis-à-vis de la femme, sans qu'elle eût à prouver non seulement la fraude, mais même le moindre préjudice : bien plus l'effet rétroactif pouvant être opposé aussi bien par le mari à la femme que par la femme au mari, la femme ne serait même pas admise à se prévaloir de l'acte du mari, quand elle y aurait intérêt, et si l'opération réalisée par le mari était une opération avantageuse, le mari en conserverait le bénéfice pour lui seul. Au contraire, fait-on observer,

il résulte de l'article 243 qu'en l'absence de fraude, les actes de disposition du mari sont maintenus, quelque préjudice qu'ils causent à la femme et sans que celle-ci puisse prétendre à aucune récompense; ces actes auront le même effet que s'ils avaient été accomplis avant le commencement de l'instance; c'est ainsi que le mari pourra même aliéner et s'obliger à titre gratuit; que les dommages-intérêts dus à raison de ses délits ou quasi-délits grèveront la communauté et réduiront la part de la femme, tant qu'il ne sera pas prouvé que ces délits et quasi-délits ont été commis par le mari dans l'intention de nuire à sa femme.

D'après ce système, la masse active de la communauté, telle qu'elle se comporte au jour de la demande, se trouverait donc diminuée par suite des aliénations consenties sans fraude par le mari, et la masse passive augmentée des obligations que celui-ci aura contractées depuis; il ne s'agirait pas d'un simple règlement d'indemnité à intervenir entre les époux, l'opération affecterait directement le chiffre de la masse; le jour de la demande ne ferait que déterminer le maximum de l'actif net en capital de la communauté; à partir de ce jour, l'actif ne pourrait plus s'augmenter d'aucun capital; mais il serait susceptible de diminution jusqu'au jour de la transcription.

L'article 243, disent les partisans de ce système, est la reproduction littérale de l'article 271 ancien; or dans le système ancien qui n'admettait à aucun point de vue la rétroactivité du jugement de divorce, il était bien certain que les pouvoirs du mari comme chef de la communauté duraient jusqu'à la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil; le texte de l'art. 271 n'ayant pas été modifié, sa signification n'a pu changer.

Une pareille doctrine, leur objecte-t-on, est fort désavantageuse pour la femme qui est ainsi à la merci des dissipations de son mari. Ces critiques, répondent-ils,

s'adresseraient à la loi ; elles sont d'ailleurs peu sérieuses. Il dépend de la femme, même avant la demande, dès la première ordonnance du juge, d'empêcher la dissipation de l'actif commun en réclamant des mesures conservatoires (article 242); elle peut requérir l'apposition des scellés, l'inventaire et faire constituer le mari gardien judiciaire des objets et valeurs dépendant de la communauté ; à cette condition le mari aura l'obligation précise de représenter ces objets et valeurs en nature, obligation qui sera sanctionnée non seulement par une responsabilité civile, mais aussi par une responsabilité pénale ; ces objets et valeurs pourront même être mis en dépôt chez un tiers qui en sera constitué séquestre. Si la femme n'a pas usé de ces diverses facultés, si elle n'a pas fait restreindre les droits appartenant à son mari comme chef de la communauté, elle ne peut se plaindre, lorsque son mari a exercé ces droits sans fraude.

Cette interprétation ne nous satisfait pas ; l'article 243, très-logique dans le système ancien qui n'admettait aucune rétroactivité, constituerait dans le système actuel une incohérence inexplicable. Comment justifier l'exception établie en faveur des actes d'aliénation et d'obligation consentis par le mari comme chef de la communauté ? Rien n'aurait empêché de suivre dans toute sa rigueur le principe établi par l'article 252, de maintenir les actes à l'égard des tiers, de les déclarer inexistantes à l'égard de la femme ; aucune considération pratique n'interdisait de généraliser le système de la rétroactivité ; sans doute le pouvoir de disposition du mari eût été entravé ; non pas que son crédit fût atteint, mais parce que la femme, en cas de préjudice, aurait eu droit à une indemnité et que cette perspective aurait engagé le mari à s'abstenir ; mais les actes de disposition ne sont pas des actes nécessaires, urgents, pour lesquels on serait en droit de penser que la

femme consente à donner un mandat tacite à son mari, surtout au cours d'une instance en divorce.

Autant on comprendrait que la loi eût soustrait aux effets de la rétroactivité les actes d'administration, ce qu'elle ne fait pas expressément, autant on comprend peu qu'elle n'y soumette point les actes de disposition.

On dit que le texte de l'article 243 n'ayant pas changé, son sens a dû nécessairement rester ce qu'il était. Mais ceux-là même qui parlent ainsi devraient se rendre compte que même dans leur système la signification de l'article 243 nouveau devient toute différente de ce qu'était celle de l'article 271 ancien. La disposition de l'article 271 n'offrait rien d'extraordinaire ; d'après le droit commun la communauté durait jusqu'à la prononciation du divorce ; donc jusqu'à cette époque les pouvoirs du mari comme chef de cette communauté devaient subsister également : rien de plus naturel ; mais comme à aucun point de vue le divorce n'avait d'effet rétroactif, si le mari pouvait au cours de l'instance diminuer la communauté et par suite la part de la femme en contractant des dettes ou en consentant des aliénations, en revanche les acquisitions qu'il réalisait profitaient à la femme en augmentant la communauté : il y avait là une compensation qui tempérait les dangers que présentait pour la femme le système ancien.

Mais aujourd'hui la situation est toute autre. Au lieu d'être une application du droit commun, l'art. 243 (271) constituerait une anomalie étrange. Aujourd'hui, en effet, la dissolution de la communauté remonte en principe au jour de la demande ; donc, en règle générale, tout fait postérieur à la demande, s'il n'est pas précisément un des actes exceptés par l'art. 243, reste sans influence sur la composition de la communauté ; ce point est hors de doute.

Le résultat auquel on arrive est alors des plus singu-

liers ; le mari obligera la communauté sans indemnité ; la femme autorisée du mari n'obligera la communauté que sauf indemnité : les aliénations que le mari réalise, il les réalise aux dépens de la communauté ; les acquisitions qu'il fait, il les fait pour lui ; les pertes qu'il subit, c'est la communauté qui les supporte ; les bénéfices qu'il obtient, c'est lui seul qui en profite ; enfin, dernière conséquence résultant du principe de la rétroactivité du divorce combiné avec la faculté laissée au mari d'obliger la communauté, si une succession mobilière vient à échoir au mari depuis la demande, l'actif restera propre au mari, mais la communauté supportera le passif.

Est-ce qu'une explication qui aboutit à de pareilles conséquences est admissible ? Un système aussi contraire au bon sens et à la logique ne peut être vrai.

Les garanties offertes à la femme par l'art. 242 (270 ancien) seraient un remède bien insuffisant ; car si à la rigueur l'art. 242 peut protéger la femme contre les aliénations consenties par le mari, il ne lui donne aucun moyen d'empêcher le mari de contracter indéfiniment des dettes pendant la durée de l'instance, et par là de réduire la communauté à rien, sans aucune indemnité ou récompense au profit de la femme.

La jurisprudence qui reconnaissait en principe un effet rétroactif au jugement de séparation de corps et qui cependant déclarait applicables à la séparation de corps les art. 270, 271 du titre du divorce, qui considérait par conséquent le mari comme restant le chef d'une communauté dissoute, n'est jamais venue à bout de lever cette contradiction ; de là ses variations et ses incertitudes. Tantôt la femme est autorisée à faire mettre à la charge de son mari, lors de la liquidation de leurs droits respectifs dans la communauté, les dettes contractées par le mari comme chef de la communauté pendant la durée de l'instance,

« attendu, dit la Cour de Cassation (Cass., 26 juin 1866, « S. 1866, 1, 324), qu'en droit pur la qualité d'administrateur que le mari tient de l'art. 1428 C. Nap. cesse ou « se trouve du moins suspendue et entravée à partir de « l'ordonnance mentionnée dans l'art. 271 C. Nap. » Tantôt les tribunaux décident que « la demande en séparation « de corps n'a pas porté atteinte à la situation légale du « mari qui n'en est pas moins demeuré chef et administrateur de la communauté » (Paris, 8 avril 1869, S. 1869, 2, 209). D'après la Cour de Cassation (11 février 1873, S. 1873, 1, 169), « il n'a pu dépendre du mari, en aliénant au cours de l'instance en séparation des valeurs dépendant de la communauté, d'empirer la condition de sa femme. » Il semblerait résulter de cet arrêt que dans son dernier état la jurisprudence avait une tendance à voir dans le mari à partir de la demande plutôt le gardien des biens communs que le chef de la communauté : ne pouvant concilier l'art. 271 avec l'effet rétroactif de la séparation de corps, elle mettait de côté l'art. 271.

Faut-il l'imiter et à notre tour considérer l'art. 243 comme non écrit ? S'il n'y avait pas d'autre moyen de résoudre la difficulté, nous nous déciderions facilement à prendre ce parti ; nous inclinerions à supposer que c'est par inattention que le législateur a reproduit dans l'art. 243 l'ancien article 271 sans se préoccuper de le mettre d'accord avec le principe nouveau qu'il établissait dans l'art. 252 *in fine* ; il vaut mieux attribuer au législateur une négligence qu'une absurdité. Mais il n'est pas même nécessaire d'avoir recours à un procédé aussi radical ; on peut très bien admettre qu'à partir de la demande le mari perd à l'égard de la femme ses droits de chef de la communauté par suite de l'effet rétroactif du jugement de divorce, et néanmoins laisser à l'art. 243 sa place et son utilité dans le système actuel.

La période déterminée par l'art. 271 avait pour point de départ la date de la première ordonnance du juge ; la loi ne fixait pas le terme de cette période ; mais il allait de soi qu'elle se prolongeait jusqu'au moment où la communauté était dissoute, sans rétroactivité, ainsi que le mariage lui-même, par la prononciation du divorce. L'art. 243, reproduction de l'art. 271, fixe aussi le point de départ de la période qu'il établit ; c'est comme autrefois la date de la première ordonnance du juge, c'est-à-dire un moment où malgré l'effet rétroactif du divorce la communauté subsiste encore, puisque l'effet rétroactif ne remonte qu'au jour de l'assignation ; pas plus que l'art. 271, l'art. 243 ne fixe de terme ; est-ce une raison pour que ses dispositions aient effet, comme celles de l'art. 271, jusqu'à la prononciation du divorce ? Non ; ce serait fausser l'esprit de la loi que de ne pas tenir compte de l'innovation contenue dans l'art. 252 *in fine*. Depuis la loi du 18 avril 1886, la communauté n'est pas dissoute du jour de la prononciation du divorce ; elle est dissoute du jour de l'assignation : l'art. 243 qui n'a de raison d'être et de sens, qu'à une époque où la communauté subsiste encore, doit cesser, comme l'art. 271, d'avoir effet aussitôt que cette communauté est dissoute, c'est-à-dire aujourd'hui du jour de l'assignation. C'est une modification qu'il aurait peut-être mieux valu exprimer pour éviter toute difficulté, mais qui résulte *ipso facto* et implicitement du changement en vertu duquel la dissolution du régime matrimonial est reportée au jour de la demande.

Les articles 243 et 252 *in fine*, inconciliables si on les suppose applicables à la même période, ne présentent donc plus la moindre contradiction, si leur effet est renfermé dans des périodes distinctes. Depuis le jour de la première ordonnance du président jusqu'au jour de l'assignation, le mari restera comme par le passé le chef

irresponsable de la communauté; il pourra librement modifier la composition de la communauté par des aliénations, des constitutions de droits réels; il pourra contracter indéfiniment des dettes qui grèveront la communauté; la femme ne pourra faire tomber ces actes ou réclamer une indemnité qu'en prouvant la fraude conformément à l'article 242. Mais en revanche les acquisitions réalisées par le mari seront réalisées pour le compte de la communauté, l'actif des successions mobilières qu'il recueillera ne lui restera pas propre, les opérations avantageuses qu'il pourra conclure profiteront non à lui seul, mais à la communauté; c'est la contre-partie des droits que l'article 242 lui conserve. A partir de l'assignation la situation change; c'est à ce jour qu'en vertu de l'article 252 le bilan actif et passif de la communauté est arrêté; les acquisitions provenant du chef du mari n'augmenteront plus la communauté, mais les aliénations qu'il consent, les dettes qu'il contracte ne la grèveront plus sans imposer au mari la charge d'une indemnité vis-à-vis de sa femme; il devient à son égard un simple administrateur comptable.

L'effet rétroactif du jugement de divorce s'étend donc sans restriction aux actes de disposition accomplis par le mari comme chef de la communauté; l'article 242 ne vient pas limiter l'article 252 puisqu'il est relatif à une période différente: en conséquence la règle suivant laquelle l'actif et le passif de la communauté sont définitivement fixés au jour de la demande ne comporte aucune exception véritable.

Ce point établi, il sera facile de déterminer les conséquences de l'effet rétroactif du divorce en ce qui concerne la composition de la communauté. Portons d'abord notre examen sur la composition de l'actif.

Le mobilier acquis par les époux depuis la demande sera exclu de la communauté. En conséquence si des

successions s'ouvrent au profit de l'un des époux ou si des donations lui sont faites postérieurement à la demande, l'actif mobilier de ces successions ou de ces donations lui restera propre. Chacun des conjoints conservera exclusivement le produit de son travail manuel ou industriel. Le bénéfice de la propriété littéraire ou artistique restera propre à l'époux auteur ou artiste; la communauté ne profitera que des ouvrages édités avant la demande; mais si par fraude l'époux auteur avait retardé la publication d'un ouvrage achevé, en vue de se le réserver propre, la communauté ne saurait souffrir de cette fraude.

Les acquisitions mobilières ou immobilières, réalisées depuis la demande par l'un ou l'autre des époux ou par les deux époux conjointement, constitueront également des propres, lors même qu'elles auraient été réalisées au moyen de valeurs communes; la communauté aura seulement droit à une indemnité. Par suite, s'il s'agit d'acquisitions faites par le mari, la femme ne pourra exercer sur ces acquisitions la faculté de dation en paiement que l'article 1471 lui accorde sur les biens de la communauté.

Au contraire, les fruits naturels ou civils produits même après la demande par les biens mobiliers ou immobiliers composant la communauté tomberont dans cette communauté; lors de la liquidation il devra en être tenu compte par celui des époux qui les aura perçus. Ces fruits et intérêts forment partie intégrante de l'actif de la communauté et ne font plus avec qu'une seule et même masse; c'est l'application du principe général qui régit les fruits; ils appartiennent au propriétaire, dans l'espèce à la communauté, et doivent lui être restitués par celui qui les a perçus sans droit. Il ne s'agit bien entendu que des fruits et

intérêts réellement produits par le capital commun; la masse ne peut pas profiter des fruits quand il n'y a pas eu de fruits. La femme ne serait pas recevable à réclamer l'intérêt au taux légal des sommes appartenant à la communauté détenues par le mari; elle devra justifier que ces sommes ont produit des intérêts et à taux déterminé. Mais si le mari avait employé les deniers à son usage personnel, ou si, volontairement et par mauvais vouloir, il avait négligé de les placer, en pareil cas il devrait des intérêts à titre de dommages-intérêts; car il n'est plus le chef irresponsable de la communauté, il est devenu comptable et tenu d'administrer en bon père de famille. Il faut remarquer d'une part que le mari ne devrait d'intérêts que dans la mesure du dommage éprouvé par la femme: d'autre part, que la dette du mari serait, non une dette de la communauté, mais une dette propre, puisqu'elle résulte d'un fait personnel, d'un délit civil, postérieur à la dissolution de la communauté; néanmoins, pour que la femme soit en droit de réclamer une indemnité, il faut supposer qu'elle a accepté la communauté; sinon elle n'éprouve aucun dommage et n'a pas à se plaindre que les deniers communs n'aient produit aucun intérêt.

Il en sera autrement des fruits, intérêts, revenus et arrérages, provenant des biens propres des époux, échus ou perçus depuis la demande. Pour ceux-ci la même règle énoncée plus haut conduira à des résultats inverses: ici le propriétaire n'est plus la communauté, c'est le mari ou la femme; la communauté étant dissoute, la disposition de l'art. 1401 Code civil, 2^o, suivant laquelle les fruits et intérêts des propres tombent dans la communauté, cesse de s'appliquer; on revient au droit commun; or le droit commun est que les fruits naturels ou civils appartiennent au propriétaire; ce seront des propres. Comme de fait, le plus souvent, le mari aura continué à percevoir les fruits

et les intérêts, il sera tenu de les restituer, comme il devrait le faire si, la communauté étant dissoute pour tout autre motif, il jouissait de fait des revenus de la femme, alors qu'il n'y a plus de communauté (1).

Les mêmes règles devront être appliquées aux restitutions que l'un des époux doit faire en vertu de l'art. 1477 du Code civil; d'après cet article celui des époux qui aurait diverti ou recélé quelques effets de la communauté est privé de sa portion dans lesdits effets. Les fruits et intérêts produits par les biens divertis ou recelés devront être traités comme les fruits ou intérêts des propres. En effet le fait seul du recel confère la propriété du bien recélé à l'époux victime de la fraude: il lui confère en même temps

(1) Ces principes ont été contestés en matière de séparation et il a été soutenu que le mari n'est tenu de restituer à la femme les fruits et intérêts de ses propres qu'à partir du jugement. On fait deux objections: 1° les intérêts sont en général la peine d'un retard dans le paiement; or le mari ne peut pas payer avant le jugement. 2° En attendant le jugement le mari doit supporter les charges du mariage. Or précisément les intérêts de la dot ont pour but de soutenir ces charges communes; il faut donc que le mari en profite (Troplong, t. II, n° 1384. Cass., 28 mars 1848. S. 1848. 1. 354.

Ces deux objections sont également mal fondées. Les intérêts dus par le mari ne sont pas dus à titre d'intérêts moratoires, en vertu de l'article 1153, ce sont des intérêts compensatoires; si, en effet, au jour de la demande la femme eût repris sa dot des mains du mari, n'en eût-elle pas elle-même perçu les intérêts à titre de propriétaire et ces intérêts n'eussent-ils pas cessé d'appartenir à la communauté? Quant à l'objection tirée de ce que le mari supporte les charges du mariage, tant que le divorce (ou la séparation de biens ou de corps) n'est pas prononcé, elle pèche par la base; à partir de la demande les charges du mariage ne sont plus charges de la communauté; elles sont supportées proportionnellement par chaque époux; si de fait le mari a payé ces dépenses pendant l'instance, il pourra les porter en compte à la femme pour la part contributive de celle-ci et les déduire en conséquence des intérêts et fruits qu'il doit restituer. Agen, 28 avril 1868. S. 1868, 2, 129. Dijon, 3 décembre 1869. S. 1870, 2, 17. Cass., 13 mars 1872. S. 72, 1, 74. Cass., 18 juin 1877. S. 1877, 1, 406. Laurent, t. XXII, n° 341. Rodière et Pont, II, n° 859. Aubry et Rau, IV, § 516, note 46. La question était controversée dans l'ancien droit. Pothier (communauté, n° 521) cite un arrêt du parlement de Paris du 8 avril 1672 qui n'aurait adjugé à la femme les intérêts de sa dot que du jour de la sentence de séparation. Mais il rapporte, d'après Rousseau de

la propriété des fruits et intérêts à titre d'accessoires. Il ne s'agit pas ici d'intérêts moratoires auxquels le créancier n'a droit qu'à partir de la demande : dans notre hypothèse le propriétaire de la créance a droit aux intérêts comme le propriétaire du fonds a droit aux fruits, en vertu de son droit de propriété. C'est ce que la Cour de Cassation a décidé dans un arrêt du 5 août 1868 (Sirey 1869. 1. 23), rendu en matière de séparation de corps.

Dans l'espèce, le mari avait détourné des valeurs de la communauté qui produisaient des intérêts ou dividendes : la cour décida que ces intérêts ou dividendes faisaient partie intégrante de ces valeurs elles-mêmes, et qu'ils tombaient

Lacombe, que l'usage constant du Châtelet était d'adjuger à la femme les intérêts du jour de sa demande, sous la déduction des aliments qui lui avaient été fournis depuis ce temps et de la part dont elle avait dû contribuer aux charges du mariage. Quant à Pothier, il pense que la chose doit être laissée à l'arbitrage du juge qui compensera les intérêts de la dot, depuis la demande jusqu'à la sentence, avec les aliments fournis à la femme pendant ce temps et la part dont elle a dû contribuer aux charges du mariage, lorsqu'il trouvera qu'il n'y a pas grande différence et surtout lorsque l'instance n'a pas duré longtemps. Mais, dit-il, lorsque par les chicanes du mari l'instance aura duré longtemps et que, la dot étant considérable, les intérêts excèdent de beaucoup lesdites choses, le juge les adjugera du jour de la demande sous lesdites déductions. Le tempérament d'équité imaginé par Pothier doit être rejetée sous l'empire de notre législation. Ainsi que le dit fort bien M. Laurent, t. XXII, n° 342, dès que l'on admet que la femme a droit aux intérêts et aux fruits, il faut les lui allouer, sauf à lui porter en compte ce qu'elle doit à raison de sa part contributoire dans les charges. V. aussi Toullier, t. VII, n° 103.

Remarquons en outre que les intérêts de la dot n'étant pas des intérêts moratoires, le mari ne sera tenu de restituer que les intérêts réellement perçus ; la femme ne pourrait pas exiger de lui, si la dot consiste en une somme d'argent, les intérêts au taux légal, s'il est constant que le mari n'a tiré du placement qu'il a fait qu'un intérêt moindre, sinon ce serait permettre à la femme de s'enrichir aux dépens du mari ; le mari doit restituer tout ce qu'il a perçu et rien que ce qu'il a perçu. C'est donc à juste titre qu'un jugement du tribunal civil de la Seine en date du 21 décembre 1888 (le Droit, 1^{er} janvier 1889) a décidé que si, sans qu'il y ait eu faute de la part du mari, les reprises n'ont produit qu'un intérêt inférieur à l'intérêt légal, le mari ne doit compte que des intérêts réellement produits ; dans l'espèce le montant des reprises avait dû être déposé à la Caisse des consignations.

comme elles sous l'application de l'article 1477 du Code civil. V. Laurent, t. XXII, n° 343.

Il n'y a là une application véritable du principe de la rétroactivité que lorsque le recel est postérieur à la demande, ou, qu'étant antérieur, il s'agit de fruits ou intérêts perçus ou échus depuis la demande, auquel cas tous les fruits ou intérêts produits, recelés ou non, appartiennent pour le tout à l'époux victime de la fraude, comme fruits ou intérêts de propres. Si le recel ou divertissement a eu lieu avant la dissolution de la communauté, il faudra distinguer : 1° Si les fruits et intérêts ont été divertis ou recelés en même temps que les biens qui les ont produits, ils tomberont sous l'application de l'article 1477, non comme fruits ou intérêts, comme accessoires d'un bien diverté ou recélé, mais comme constituant eux-mêmes des effets divertis ou recelés ; 2° il peut arriver que ces fruits ou intérêts n'aient pas eux-mêmes fait l'objet d'un divertissement ou d'un recel ; cela se produira lorsque le divertissement ou le recel du principal ayant eu lieu et ayant été découvert, la déchéance de l'article 1477 a été irrévocablement encourue, et que d'autre part les précautions nécessaires ont été prises pour empêcher à l'avenir le divertissement ou recel des fruits ou intérêts ; dans ce cas il n'y a pas de raison de traiter les fruits ou intérêts autrement que les fruits ou intérêts des biens propres, c'est-à-dire qu'étant perçus ou échus antérieurement à la demande, ils tomberont dans la communauté. Ces fruits ou intérêts ne pourront être propres en vertu du principe de la rétroactivité du divorce, puisque cette rétroactivité ne remonte qu'au jour de la demande et non au delà.

L'époux tenu à une restitution de fruits ou intérêts, soit envers son conjoint, soit envers la communauté, ne peut prescrire à son profit ces fruits ou intérêts. Le motif en est que l'époux saisi d'un bien ou d'une somme d'ar-

gent, faisant partie de la masse à partager ou du patrimoine de son conjoint, jouit de ces valeurs à titre de possesseur précaire, au nom de l'autre époux, auquel, lors de la liquidation définitive, il doit tenir compte et rapport des fruits et intérêts que ces valeurs ont pu produire : la précarité étant un obstacle à toute prescription (article 2236), le conjoint ne pourra pas plus invoquer la prescription trentenaire que la prescription de cinq ans ; il n'y a pas de prescription possible jusqu'à la liquidation à quelque époque qu'elle ait lieu. (Cass. 20 juillet 1858. S. 1858. 1. 748).

Ces conséquences de l'effet rétroactif du divorce ne sont pas opposables aux tiers ; pour eux la communauté subsiste dans les mêmes conditions qu'avant la demande jusqu'au moment de la transcription. Ainsi à l'égard des tiers le mobilier acquis à titre gratuit ou onéreux par les époux depuis la demande, les immeubles acquis à titre onéreux, les revenus des biens propres des époux seront considérés comme acquêts de communauté, ils formeront le gage de créanciers de la communauté nonobstant toute renonciation ultérieure de la femme. Sur ces biens, les créanciers de la communauté primeront les créanciers personnels des époux. Les créanciers de la communauté pourront valablement, après la demande, saisir l'actif des successions mobilières échues à la femme, les fruits et revenus de ses propres : cette saisie ne sera pas rétroactivement annulée par le fait du divorce. Il en est autrement en matière de séparation de biens où l'effet rétroactif du jugement concerne, non-seulement le mari, mais encore les tiers et notamment les créanciers du mari. C'est ainsi que la saisie des fruits et revenus des biens propres de la femme faite par un créancier du mari, depuis la demande en séparation de biens, tombe par l'effet du jugement qui prononce ultérieurement cette séparation

(Bordeaux, 11 mai 1843. Sirey, 1843 2. 541); qu'une saisie-arrêt de sommes appartenant à la femme, faite sur le mari après la demande, est rétroactivement annulée par le jugement de séparation de biens (Cass. 22 mai 1845. Sirey 1846. 1. 554); que la femme qui a obtenu sa séparation de biens peut revendiquer les fruits de ses propres saisis-brandonnés sur son mari, mais non détachés du sol avant sa demande en séparation (Bordeaux 14 juillet 1870. Sirey. 1871. 2. 13).

Les solutions directement inverses devraient être données en matière de divorce ou de séparation de corps.

Lorsque les créanciers de la communauté se seront fait payer sur l'actif d'une succession mobilière échue depuis la demande, auront fait saisir et vendre à leur profit les fruits de biens propres échus ou perçus pendant l'instance, l'époux, dont le patrimoine personnel aura servi à désintéresser ces créanciers, aura droit à une indemnité ; mais il ne pourra venir en concours, pour le paiement de cette indemnité, avec d'autres créanciers ayant la qualité de tiers; s'il était admis en contribution avec eux, sa collocation diminuerait la collocation de ces créanciers, c'est-à-dire que ceux-ci supporteraient indirectement les conséquences de l'effet rétroactif du divorce; or l'article 252 ne le permet pas ; le droit du conjoint à une indemnité n'existe pas vis-à-vis des tiers, puisque pour eux la communauté subsiste jusqu'à la transcription, et que, la communauté subsistant, le droit à une indemnité n'a pu naître. Le conjoint n'obtiendra donc le paiement de cette indemnité d'une espèce particulière qu'après désintéressement complet des tiers, créanciers de la communauté ou de l'autre époux. (1)

(1) Rappelons que tous les créanciers d'un conjoint ne sont pas des tiers ; ceux-là seuls sont des tiers dont le droit est né depuis la transcription. (V. p. 103).

Voyons maintenant ce qui a rapport au passif de la communauté. La demande en divorce change la situation du mari à l'égard de la femme ; la communauté étant dissoute n'a plus de chef ; elle n'a qu'un administrateur qui ne peut l'obliger en dehors des limites de son administration ; la femme ne sera tenue de reconnaître à la charge de la communauté que les engagements pris par le mari dans l'intérêt de la gestion du patrimoine commun ; c'est ce que nous verrons plus loin lorsque nous traiterons de l'administration de la communauté pendant l'instance ; les autres dettes résultant de contrats passés par le mari depuis l'assignation ne tombent pas dans la communauté, quelle qu'en soit la légitimité ; il en sera de même des dettes résultant de quasi-contrats, et à plus forte raison des dettes résultant de délits ou de quasi-délits.

Nous avons vu que l'article 243 (Code Civil) ne contredit pas cette conséquence de l'effet rétroactif du jugement de divorce ; que cet article s'applique en effet non à la période du procès que nous étudions, mais à une autre période antérieure à celle-ci et à la dissolution de la communauté, ce qui nous épargne le résultat absurde de faire tomber une certaine catégorie de dettes dans une communauté déjà dissoute.

De même que les dettes du mari, les dettes contractées par la femme même autorisée de son mari ne tomberont pas dans la communauté ; cette conséquence est encore plus incontestable puisqu'on ne peut avoir l'idée d'appliquer à l'hypothèse actuelle l'article (243 Code civil), relatif uniquement aux dettes contractées par le mari.

Les dettes contractées postérieurement à la demande soit par le mari, soit par la femme autorisée du mari, sont des dettes propres, alors même qu'elles sont contractées pour subvenir aux charges du ménage et à l'entretien des enfants. Ces dettes ne sont pas dettes de communauté bien

que ce soient des dettes communes. Sans doute, d'après l'article 1409 (Code civil), les aliments des époux, l'éducation et l'entretien des enfants et toute autre charge du mariage sont charges de la communauté ; mais il ne peut y avoir de charges de la communauté que tant que la communauté dure ; la communauté dissoute, chaque époux est tenu de contribuer à l'acquittement de ces charges suivant ses facultés. Si de fait le mari a supporté les charges du mariage jusqu'au jour de la transcription, il pourra réclamer à la femme une part proportionnelle, quand même elle renoncerait à la communauté ; tandis que pendant l'existence de la communauté le mari acquitte seul ces charges et les supporte définitivement et sans recours en cas de renonciation de la femme.

De même que l'actif mobilier des successions ou donations échues ou faites à l'un des époux depuis la demande reste en dehors de la communauté, de même le passif afférent à cet actif constitue une dette propre à l'époux héritier ou donataire. Si de fait la communauté a été obligée de payer quelque une de ces dettes, elle devra être indemnisée de toutes les sommes qu'elle a déboursées.

Les intérêts d'une dette sont l'accessoire du capital ; les intérêts des dettes de la communauté continuent donc à courir à la charge de la communauté, pour la même raison que les intérêts de ses créances accroissent le capital ; la communauté s'augmentant des intérêts actifs doit aussi être diminuée des intérêts passifs.

Il en sera autrement des arrérages et intérêts des dettes et rentes passives personnelles aux deux époux qui jusqu'à la demande étaient à la charge de la communauté : à partir de la demande, chaque époux les supportera personnellement et en devra le remboursement s'ils ont été acquittés des deniers de la communauté. Les intérêts des dettes se paient sur le revenu des biens : la communauté,

qui cesse de jouir des fruits, revenus, intérêts et arrérages provenant des biens propres du mari ou de la femme, ne saurait supporter les intérêts de leurs dettes personnelles.

Pour le même motif, à partir de la demande, la communauté n'est plus tenue des réparations usufruituaires et des charges annuelles des immeubles propres; il devra être pourvu à ces réparations et à ces charges pendant la durée de l'instance par l'époux qui aura la garde et l'administration de l'immeuble; mais le remboursement de ces dépenses sera dû par celui des époux qui en aura profité. Au contraire, les frais d'entretien des immeubles communs seront depuis le jour de la demande jusqu'au jour du partage prélevés sur la masse, puisque c'est elle qui jusque-là profite des fruits et revenus de ces immeubles. Les grosses réparations reconnues indispensables à la conservation d'un immeuble commun seront aussi à la charge de la communauté, puisque sans ces réparations l'immeuble aurait péri au détriment de la communauté; les frais qui en résultent seront donc dette de communauté et non dette propre de chacun des deux époux, quand même la femme aurait accepté la communauté.

Les frais de scellés, inventaire, vente de mobilier, liquidation, licitation et partage font partie des dettes de la communauté, bien qu'ils soient faits nécessairement depuis la demande; ce caractère leur est attribué expressément par l'article 1482, Code civil. C'est, d'ailleurs, un principe général que les frais nécessités par la liquidation d'une masse partageable sont à la charge de cette masse; et même en cas de renonciation, quoiqu'il n'y ait plus de frais de partage, mais seulement des frais de scellé, et d'inventaire, des frais nécessités par la liquidation des récompenses de la femme contre la communauté et de la communauté contre la femme, il n'en est pas moins vrai que c'est aux dépens de la masse que la masse doit être conservée, gardée et liquidée.

Les frais du divorce sont-ils ou non à la charge de la communauté? ces frais sont faits pour la plupart postérieurement à la demande de divorce : mais pour déterminer à qui ils incombent nous n'allons pas nous attacher au point de savoir s'ils sont antérieurs ou postérieurs à l'assignation. Car la dette des frais n'a pas sa cause dans le jugement qui prononce la condamnation aux dépens, ni dans les actes de procédure dont les frais représentent le coût ; elle a sa cause dans les faits délictueux qui ont motivé le divorce. De là une distinction. Si le divorce étant prononcé contre le mari, celui-ci est condamné aux dépens, la dette des frais faits tant par lui que par la femme tombera dans la communauté ; ces frais ont été occasionnés par les torts du mari ; or, la communauté est tenue à la réparation du dommage résultant des fautes et délits dont le mari est l'auteur ; suivant l'expression pittoresque de Guy Coquille, la communauté est obligée par « les dettes de mauvais ménage », sans avoir droit contre le mari à aucune récompense. La condamnation aux dépens prononcée au profit de la femme constitue une créance en remboursement de frais que la communauté aurait dû acquitter, puisque ces frais ont été rendus nécessaires par des fautes dont les conséquences pécuniaires incombaient à la communauté ; la femme ayant soldé ces frais de ses deniers personnels a droit à une récompense contre la communauté, comme il arrive toutes les fois que le patrimoine de l'un des époux sert à éteindre une dette commune (1). Voici comment s'opérera dans notre hypo-

(1) Il ne nous paraît pas contestable que la charge des frais de l'instance en divorce soit dans l'espèce une dette de communauté. La dette a sans doute pour origine l'adultère du mari, les excès, sévices, injures graves, etc., dont il s'est rendu coupable, c'est-à-dire des fautes, des délits d'un caractère tout personnel, qui atteignent directement la femme et dont il semble inique que la femme subisse pour partie les conséquences. Mais nous nous trouvons en présence de la loi qui est formelle : la dette des frais est une dette mobilière ; donc elle doit

thèse la liquidation des frais; prenons un exemple : les frais faits par la femme s'élèvent à 400 fr.; les frais faits par le mari à 200 fr. : la communauté doit récompense à la femme des 400 fr. que la femme a avancés de ses deniers personnels; quant aux 200 fr. de frais faits par le mari, la communauté les supporte sans indemnité, s'ils ont été faits des deniers de la communauté; elle en doit récompense au mari, si le mari les a soldés de ses deniers propres.

Nous avons supposé que la femme avait fait l'avance des frais de ses deniers propres; si elle avait reçu une provision *ad litem* et si cette provision, au lieu d'être imputable sur les reprises de la femme, avait dû être fournie par la communauté, il est bien évident que les frais faits par la femme ayant été acquittés des deniers de la communauté, la femme n'aurait droit à aucune récompense.

tomber dans la communauté. La loi ne fait pas d'exception pour les dommages-intérêts résultant d'un délit et ne leur attribue pas la qualité de dette propre; l'art. 1425 C. civ., qui n'impose à la communauté le paiement des amendes encourues par le mari que sauf récompense, n'est relatif qu'aux amendes, c'est-à-dire aux peines proprement dites, et ne concerne pas les dommages-intérêts dus même à raison d'une infraction ayant un caractère pénal. Si un tiers avait obtenu des dommages-intérêts contre le mari à raison d'un délit quelconque, personne ne douterait que cette dette ne dût tomber dans la communauté; pourquoi voudrait-on qu'il en fût autrement parce que la victime du délit est la femme, au lieu d'être un tiers?

Comparez pour les créances résultant d'infractions aux obligations du mariage commises par la femme au préjudice de son mari (Cass. 5 février 1873. Sirey 1873, 1, 289). Voici l'espèce : un mari outragé s'était fait verser à titre de réparation par le complice de la femme une somme de 25,000 fr.; la Cour de Rennes admit que cette somme ne tombait pas dans la communauté par le motif que l'honneur du mari et son droit de faire respecter la foi conjugale constituent le plus personnel comme le plus précieux de tous les biens. Le pourvoi formé contre cet arrêt objectait, non sans raison, que les causes qui font des propres sont limitativement déterminées dans la loi; que l'honneur n'est pas plus personnel que le travail, que le génie, que la santé, que la vie, et que par suite les dommages-intérêts alloués pour offense à l'honneur sont un gain pécuniaire qui enrichit comme tout autre la communauté. La Cour de cassation se dispensa dans l'arrêt précité de

Si le divorce est prononcé aux torts de la femme la solution sera toute différente. La femme n'oblige pas plus la communauté par ses délits que par ses contrats ; si elle est condamnée aux dépens, elle seule en supportera la charge. En ce qui concerne les frais avancés par le mari, il est clair que ces frais, ayant été rendus nécessaires par la faute de la femme, doivent suivant qu'ils ont été acquittés des deniers du mari ou des deniers communs donner lieu à récompense, soit au profit du mari, soit au profit de la communauté ; quant aux frais faits par la femme, il est naturel qu'elle les supporte sans recours, puisque c'est elle qui doit personnellement subir les conséquences pécuniaires de ses fautes. Peu importe que la femme accepte ou renonce ; aucune portion des frais n'incombera jamais à la communauté : la femme seule aura à les supporter soit sur ses reprises, soit sur la part qui lui reviendra dans les biens communs (1).

résoudre la difficulté en repoussant la demande de la femme par la maxime très-contestable « *nemo auditur allegans propriam turpitudinem* », ce qui laisse néanmoins supposer que si la somme litigieuse avait été comprise d'office par le notaire dans l'actif de la communauté, si la femme n'avait pas été obligée de se porter demanderesse en vue d'obtenir une rectification, la solution aurait été différente.

On invoque donc à tort cet arrêt de Cassation en faveur de la doctrine suivant laquelle les obligations actives ou passives qui découlent d'une infraction aux lois du mariage restent propres et ne tombent jamais en communauté. Il n'en résulte nullement que la condamnation du mari aux frais du divorce doit rester à la charge du mari seul et non être supportée par moitié par le mari et son épouse commune en biens : car d'une part la Cour de cassation ne s'est pas appropriée la doctrine de la Cour de Rennes ; d'autre part le mari, étant obligé de défendre à l'instance de divorce et ne commettant aucun fait honteux en satisfaisant à cette obligation, ne saurait se voir opposer la fin de non-recevoir : « *nemo auditur turpitudinem suam allegans*. »

(1) Cette différence de traitement entre le mari et la femme peut sembler inique ; la critique mériterait plutôt de l'adresser à la règle dont nos solutions sont rigoureusement déduites, à savoir que la communauté est obligée sans récompense à la réparation des délits commis par le mari et qu'elle ne l'est point du tout à la réparation des délits commis par la femme. La règle n'est pas contestable pour les

Si les torts étaient réciproques et les dépens compensés, on suivrait les mêmes principes et on en ferait séparément l'application au mari et à la femme ; les frais faits par la femme resteraient toujours à sa charge personnelle, les frais faits par le mari seraient supportés par la communauté (1).

On voit par les motifs de ces solutions que ce n'est pas la rétroactivité du jugement de divorce qui nous détermine à mettre ou non les frais du divorce à la charge de la communauté ; il importe peu que le jugement qui prononce condamnation à ces frais soit aujourd'hui postérieur à la dissolution de la communauté, alors qu'autrefois il lui était antérieur, que certains frais de procédure soient faits avant, d'autres après la demande ; ces circonstances n'ont aucune influence. Il serait même indifférent que le divorce fût prononcé ou non : des raisons semblables conduiraient à des solutions identiques (2).

Nous avons été conduits par le principe de l'effet rétroactif du divorce à exclure du passif de la communauté certaines créances ; mais cette exclusion n'a lieu qu'entre

obligations qui naissent d'un délit civil ou d'un quasi-délit ; et elle est à peine contestée quant au mari pour les obligations résultant d'une infraction pénale. V. Aubry et Rau, t. V, § 509, note 27. Colmet de Santerre, t. VI, p. 156, n° 68 bis IV. Toullier XII, 224. Troplong II, 918. Douai, 30 janvier 1840. Sirey, 1840, 2, 322. V. cep. : Laurent XXII, n° 59, Rodière et Pont II, n° 888.

(1) Nous n'avons eu en vue au cours de cette discussion que les frais judiciaires proprement dits ; nous donnerions les mêmes décisions pour les faux frais, honoraires de l'avoué, de l'avocat, etc., qui ne sont pas contenus dans la condamnation aux dépens ; ces frais ont la même cause que les frais judiciaires, la faute de l'époux qui a donné lieu au divorce.

(2) Il y aurait cependant une légère nuance ; si le divorce n'est pas prononcé, les frais n'ont plus pour cause l'adultère, les injures graves, etc., puisque précisément le jugement déclare que l'adultère, les injures graves n'existent pas, mais une demande téméraire qui constitue au moins un quasi-délit. Il ne résulte de là aucune différence, le quasi-délit étant commis comme le délit au cours de la communauté et engendrant les mêmes obligations.

époux ; pour les créanciers la communauté subsiste après comme avant la demande. Ainsi jusqu'à la transcription le mari oblige la communauté envers les tiers ; les tiers qui pendant l'instance auront contracté avec la femme autorisée du mari pourront toujours invoquer l'article 1419 C. C., et faire valoir leurs droits tant contre la femme que contre la communauté et le mari. La communauté sera également tenue envers les créanciers d'acquitter le passif correspondant à l'actif mobilier des successions ouvertes depuis la demande, et les intérêts des dettes propres des époux qui ont couru jusqu'au moment de la transcription.

Si de fait la communauté a été obligée sur les poursuites des créanciers de payer quelque'une de ces dettes, elle aura droit à récompense ; mais l'exercice de ces sortes de récompenses ne saurait nuire aux créanciers personnels des époux qui ont la qualité de tiers et auxquels n'est pas opposable l'effet rétroactif du divorce.

Section II. — Administration de la communauté

Recherchons maintenant les conséquences de la rétroactivité du divorce quant à l'administration de la communauté pendant l'instance.

Pendant la durée de la communauté, le mari est seigneur et maître des biens communs ; il les administre seul et il en dispose à son gré sans le concours de la femme ; le mari a de plus l'administration de tous les biens personnels de la femme ; il peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme ; mais en revanche, il est responsable de tout dépérissement des biens personnels de la femme causé par défaut d'actes conservatoires.

A partir de la demande, la communauté est dissoute; elle n'a donc plus de chef; le mari n'est plus de droit seigneur des biens communs, ni administrateur des biens de la femme. Faut-il dire qu'il ne peut plus agir en ces qualités et, qu'étant sans qualité pour agir, ce qu'il a fait est radicalement nul, au moins à l'égard de la femme?

Pour répondre à la question, il faut distinguer d'une part entre les actes de disposition et, d'autre part, les actes d'administration proprement dite.

En ce qui concerne les actes de disposition, il n'y a pas de doute. A dater de la demande, le mari perd rétroactivement la qualité de chef de la communauté; il n'a plus, sur les biens de la communauté, que les droits d'un communiste. Il a donc le devoir de conserver ces biens jusqu'au jour de la liquidation et du partage, et si de fait le mari les vend, ce n'est incontestablement qu'à ses risques et périls, sans pouvoir priver la femme d'un avantage que la conservation en nature lui aurait assuré; il importe peu que l'article 243 donne au mari le pouvoir d'aliéner; nous avons démontré que cet article n'a plus d'application une fois la demande formée et la communauté dissoute. C'est en ce sens que nonobstant les articles 270 et 271 anciens, la Cour de cassation s'est prononcée dans un arrêt du 11 février 1873. Sirey, 1873, 1, 169. Au cours d'une instance en séparation, le mari avait aliéné certaines valeurs mobilières dépendant de la communauté; il s'agissait de savoir, lors de la liquidation, à quel taux ces valeurs seraient estimées. Était-ce suivant leur prix au jour de la demande en séparation de corps, suivant leur prix de vente ou suivant le cours de la Bourse au jour même où la liquidation était opérée par le notaire? Ce dernier taux, qui était le plus élevé, fut adopté par la Cour de Paris. Le mari forma un pourvoi en cassation; aux termes du pourvoi, l'article 1445 C. C. signifierait qu'en cas de séparation

c'est au jour de la demande que les droits des époux sont respectivement fixés : la liquidation qui a lieu ensuite n'a pour but que d'établir l'importance des droits des époux à cette date. De là, il suivrait que c'est au jour de la demande en séparation que le mari, quelles que soient les conditions des aliénations qu'il a pu faire depuis cette demande, doit être déclaré comptable, soit des biens de communauté, soit de leur représentation. On faisait observer enfin que si, au lieu de se trouver en hausse, les valeurs s'étaient trouvées, au jour du partage, en baisse sur les cours du jour de la demande, la Cour de Paris n'aurait certainement pas admis que la différence des cours pût profiter au mari.

La Cour de Cassation repoussa le pourvoi par le motif que si les actions ou obligations dépendant de la communauté avaient encore existé en nature au moment de la liquidation, elles auraient été prises à leur valeur actuelle et qu'il n'a pu dépendre du mari, en les aliénant au cours de l'instance en séparation, d'empirer la condition de la femme.

La Cour ne résolvait pas et n'avait pas à résoudre le problème contenu dans la dernière observation du pourvoi ; qu'arriverait-il si, au jour du partage, les cours étaient en baisse sur les cours du jour de la demande ou de l'aliénation ? Il ne nous paraît pas aussi évident qu'il semble au pourvoi qu'en ce cas les valeurs doivent être estimées au cours du jour de la demande. Malgré l'avis de l'arrétiste, nous ne voyons pas pourquoi le mari ne pourrait pas retirer de l'opération un bénéfice auquel la femme ne participerait pas ; le mari agit à ses risques ; il doit profiter des chances favorables comme il doit supporter les mauvaises.

Les biens de communauté que le mari ne représente pas en nature seront donc toujours compris dans la liquida-

tion pour leur valeur au jour du partage ; la somme dont le mari sera comptable envers la communauté ne sera jamais ni inférieure, ni supérieure à cette valeur.

Si la vente par le mari d'effets de la communauté constitue un détournement, les effets vendus ne seront pas compris pour leur valeur dans la masse partageable, mais l'époux lésé aura une action contre son conjoint en vertu de l'article 1477.

La rétroactivité du jugement de divorce donnera également droit à une indemnité au profit de la femme à raison de toute constitution de droits réels, servitudes, hypothèques, consenties par le mari depuis la demande.

A partir de la demande, il n'est permis au mari de faire aucune disposition à titre gratuit des effets de la communauté au préjudice de la femme, fût-ce même au profit des enfants communs. Ainsi la dot constituée par le mari seul à l'enfant commun en effets de communauté ne sera pas à la charge de la communauté ; et dans le cas où la communauté est acceptée par la femme, celle-ci ne devra pas supporter la moitié de la dot ; l'article 1439 doit être écarté ; car il suppose que le mari a encore le pouvoir de disposer sans contrôle des biens communs. La femme aura un recours contre la communauté.

Les obligations nées du chef du mari postérieurement à la demande ne peuvent pas plus diminuer la part de la femme dans la communauté que les aliénations consenties par le mari depuis la même époque ; les dettes faites par le mari ne peuvent plus tomber dans une communauté qui a cessé d'exister. Cette protection accordée à la femme contre le mauvais vouloir du mari la garantit contre toutes les dettes du mari quelle qu'en soit l'origine, contrat, quasi-contrat, délit ou quasi-délit. Ainsi la part de la femme ne sera pas grevée des dettes d'une succession désavantageuse échue au mari même avant la de-

mande, si elle n'a été acceptée que depuis ; le mari a bien le droit, tant que la communauté dure, de la charger des dettes d'une succession même au delà de l'actif ; mais ce droit cesse lorsqu'il ne l'a pas exercé avant la dissolution de la communauté. On objectera l'article 777 Code civil, aux termes duquel l'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire à une époque où le mari était encore chef de la communauté et pouvait impunément la grever de dettes, sans être tenu d'indemniser la femme. L'acceptation ne rétroagit que si elle est valablement faite ; or, l'acceptation d'une succession insolvable est un acte de disposition et à partir de la demande le mari perd le droit de faire des actes de disposition ; il ne peut donc plus valablement faire une acceptation qui nuise à la femme ; son acceptation n'obligera la communauté que sauf récompense. Au contraire si la succession est solvable, le mari acceptera valablement ; il sera même tenu d'accepter ; et cette acceptation remontant, conformément à l'article 777, au jour de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire à un temps antérieur à la demande, la succession sera acquise pour la communauté ; nous verrons en effet que le mari a le droit et le devoir d'administrer pendant l'instance et qu'il est responsable de son administration ; or l'acceptation d'une succession avantageuse est un acte de bonne administration ; si le mari négligeait de l'accomplir, il devrait réparer le préjudice qu'il cause à la communauté. Il en serait de même si la femme refusait d'accepter une succession avantageuse destinée à tomber dans la communauté ; car, pas plus que le mari, la femme ne peut soit en agissant, soit en s'abstenant, faire tort à la communauté.

A partir de la demande l'article 1419 Code civil ne s'applique plus dans les rapports de la femme avec la communauté et le mari ; de même que les dettes contractées par

le mari, les dettes contractées par la femme même autorisée du mari ne tomberont pas dans la communauté ; l'autorisation du mari ne peut plus conférer à la femme le pouvoir d'obliger une communauté que le mari lui-même n'aurait plus le droit d'obliger. Il y aura seulement lieu à indemnité au profit de la femme si les dettes qu'elle a contractées intéressent la communauté ou le mari.

Pendant la durée de la communauté le mari peut intenter toutes actions intéressant la communauté et y défendre. Que devient ce droit au cours de l'instance ? Il n'est pas possible de donner une réponse unique ; le droit du mari quant à l'exercice des actions de la communauté dérive à la fois de son droit de disposition et de son droit d'administration. Le mari, nous le démontrerons, conserve pendant l'instance le droit d'administration ; il pourra donc exercer les actions qui constituent des actes d'administration, mais à charge de rendre compte ; mais comme il a perdu le droit de disposer, il ne pourra exercer qu'à ses risques et périls les actions qui constitueront des actes de disposition et sera tenu d'indemniser la femme de tout le préjudice que lui aura causé l'exercice imprudent de ces sortes d'actions. Quelles sont maintenant les actions qui constituent des actes d'administration et celles qui constituent des actes de disposition ? La loi fait cette détermination en différents endroits, à propos de l'exercice des actions du pupille par le tuteur, de la femme commune en biens ou de la femme dotale par le mari ; malheureusement les solutions de la loi sont variables et il est impossible d'en tirer une formule générale. Il faut en conclure que la question sera une question de fait ; ainsi le fait d'intenter une action immobilière sera en général considéré comme dépassant les bornes de l'administration ; il pourra cependant en être autrement ; ce sera quelquefois un acte conservatoire n'ayant d'autre objet que d'in-

terrompre une prescription. Le plus souvent l'exercice des actions mobilières et pos sessoires sera regardé comme acte d'administration ; mais il n'y a là rien d'absolu : tout dépendra des circonstances.

Passons maintenant à l'examen des actes d'administration proprement dite. La dissolution de la communauté remontant au jour de la demande, à dater de ce jour les dispositions légales qui attribuent au mari, en sa qualité de chef de la communauté, l'administration des biens de cette communauté et des biens personnels de la femme cessent d'être applicables. Faut-il donc attribuer pendant l'instance à chacun des deux époux un droit conditionnel d'administration, subordonné à la prononciation du divorce et quelquefois même au parti que prendra la femme sur l'acceptation de la communauté ? Non : la validité d'un acte d'administration ne doit pas être un instant douteuse ; l'administration est une nécessité, et elle est impossible si le pouvoir de celui qui administre est incertain. Aussi déciderons-nous que, jusqu'au moment où par la transcription le divorce devient définitif, le mari se trouve investi, tant sur les biens de la femme que sur les biens communs, d'un droit d'administration exclusif et indépendant de toute cause de résolution. C'est que l'on admet sans difficulté en cas de séparation de biens ou de corps, cf. article 1449. Il est naturel de transporter dans la matière du divorce les règles de la séparation ; c'est l'esprit de la loi du 18 avril 1886. Quoi de plus simple d'ailleurs que de conserver l'administration à celui qui l'exerçait déjà ? La rétroactivité du jugement de divorce n'autorisera donc pas la femme à revenir après coup sur des actes qui sont, pour ainsi dire, la conséquence d'une nécessité de fait. (1)

(1) Aubry et Rau, t. V, § 516, notes 49-52. Rodière et Pont t. III n° 2177. Colmet de Santerre t. VI n° 94 bis II. Marcadé, article 1449 n° I.

Laurent t. XXII n° 317 et s. a une théorie spéciale ; il reconnaît que, tant que la séparation n'est pas prononcée, le mari reste chef et administrateur et a seul qualité pour agir ; mais suivant lui les actes du

Mais l'administration du mari change de caractère; il n'a plus quant aux biens de la communauté l'administration sans contrôle, et quant aux biens de la femme, l'administration libre et indépendante qu'il possédait auparavant; il devient comptable et est tenu de faire figurer en recette le produit de tous les fruits et intérêts qu'il perçoit ou qu'il encaisse, des créances qu'il recouvre, etc.; de produire la justification de toute ses dépenses. Non seulement il a le droit d'administrer, il a encore le devoir d'administrer; il sera responsable de tout dépérissement causé par défaut d'actes conservatoires, de l'insolvabilité des débiteurs, non seulement de la femme, mais même de la communauté, qu'il aura négligé de poursuivre en temps utile, des prescriptions qu'il aurait dû interrompre et qu'il a laissé accomplir; il ne devra laisser improductifs ni les biens de la communauté, ni ceux de la femme; il sera tenu de placer les capitaux à intérêts et de donner à bail les immeubles; mais lorsqu'il aura agi de bonne foi et en bon père de famille, ses actes ne pourront donner lieu à aucun recours, quel qu'en soit le résultat; si les capitaux placés sont perdus par suite de l'insolvabilité des débiteurs, alors qu'à l'origine le placement semblait présenter toute sécurité, si les preneurs des biens donnés à bail ne paient pas, alors que rien ne pouvait le faire prévoir, il ne sera pas responsable du préjudice causé, ni passible de dommages-intérêts envers la femme (1).

mari sont nuls à l'égard de la femme, lorsqu'ils lui portent préjudice, sans qu'il y ait à distinguer entre les actes d'administration et les actes de disposition.— Cette théorie est inadmissible : comment savoir à l'avance si l'acte sera préjudiciable ou non ? Si le mari doit toujours craindre, même quand il administre de bonne foi, d'être tenu à des dommages-intérêts, son administration sera paralysée, et cependant l'administration est une nécessité.

(1) Le mari administrateur a-t-il droit à un salaire ? En matière de séparation de corps l'affirmative a été jugée par le tribunal de Joigny, le 20 mai 1868; le tribunal posait en principe que l'administrateur judiciaire a droit à un salaire; il constatait qu'en fait le mari avait été nommé administrateur-séquestre de la communauté et qu'à ce titre il avait

Si la femme a sujet de craindre la mauvaise administration de son mari, la loi lui donne un moyen préventif pour empêcher le dommage, au lieu de la réduire à en demander réparation. Les mesures conservatoires qu'autorise l'article 242 viennent limiter le pouvoir d'administration du mari ; depuis la loi du 18 avril 1886 le juge a pleine liberté pour régler comme il l'entend l'administration de la communauté ou des biens de la femme. Le contrôle de l'administration du mari peut d'abord être rendu plus sévère ; l'apposition des scellés, suivie d'inventaire et de priseée, déterminera la consistance des valeurs dont le mari sera tenu de rendre compte comme gardien judiciaire. L'administration peut même être retirée complète-

consacré un certain temps aux comptes et au recouvrement des sommes dues à cette communauté. Ce jugement a été infirmé par arrêt de la cour de Paris, en date du 8 avril 1869. Sirey, 1869, 2, 405 : la cour donne pour motif que la demande en séparation n'a pas porté atteinte à la situation légale du mari qui n'en est pas moins demeuré chef et administrateur de la communauté, et que c'est en cette qualité qu'il a géré les affaires et opéré les recettes communes à lui et à sa femme. Le motif nous semble erroné et par suite, la solution qui en découle ; la demande opère un changement considérable dans la situation du mari ; pendant la durée de la communauté, le mari dispose à son gré de tous les fruits et revenus des biens de la communauté et des biens personnels de la femme ; il est par là même suffisamment rémunéré de sa gestion ; à partir de la demande, il devient comptable ; c'est un administrateur ordinaire ; pourquoi serait-il tenu de fournir gratuitement son temps et sa peine ? On objecte qu'il a un intérêt égal à celui de la femme ; cela est vrai quant aux biens de la communauté ; mais que prouve cet argument, sinon qu'il n'est pas juste que le mari, n'ayant que la moitié de l'émolument, supporte toute la charge ? Et quant aux biens personnels de la femme, l'argument lui-même fait défaut, puisque les revenus de ces biens profitent exclusivement à la femme ; il n'y a pas de comparaison à établir entre la situation du mari, administrateur pendant l'instance, et celle de l'héritier bénéficiaire. L'administration de l'héritier bénéficiaire est gratuite ; mais il faut se rappeler que l'héritier peut se décharger de l'administration en abandonnant les biens aux créanciers. S'il les garde, c'est qu'il y a intérêt, c'est qu'il y aura un reliquat, et dans cette hypothèse, il a réellement géré son propre patrimoine ; à ce titre, il ne peut certes pas réclamer d'indemnité. Au contraire, le mari administre la chose d'autrui, quand il administre les biens personnels de la femme, ou les biens de la communauté quant à la part qui doit revenir à la femme ; et la règle est que, à moins d'une exception formelle, l'administrateur de la

ment au mari pour être confiée à la femme, ce qui arrivera surtout lorsque de fait la femme se trouvera en possession ; la femme sera dans ce cas entièrement substitué au mari quant à ses droits et à ses devoirs d'administrateur. Enfin si l'hostilité qui existe entre les époux ne permet pas au juge d'avoir plus de confiance dans l'un que dans l'autre, le juge pourra prendre d'autres mesures et confier l'administration à un tiers ; il pourra ordonner que les sommes et deniers seront consignés, que les valeurs mobilières seront mises en dépôt chez un notaire ou chez un banquier ; il pourra nommer pour les immeubles un séquestre qui sera chargé de veiller à leur entretien, de passer les baux, d'encaisser les loyers, etc. (1).

chose d'autrui a droit à un salaire ; toute peine mérite une récompense. La loi a créé une exception pour le tuteur, dont la gestion est gratuite, ainsi qu'il résulte des articles 454 et 471, pour le mari pendant la durée de la communauté, puisque, s'il lui était attribué un salaire, ce salaire tomberait dans la communauté ; il n'y a pas d'exception à l'égard du mari, administrateur pendant l'instance d'une communauté dissoute ; on rentre donc dans la règle. Nous pouvons tirer une induction en notre sens de l'article 127, Code civil, qui attribue à titre d'indemnité de gestion, une portion des fruits à l'époux de l'absent qui a opté pour la continuation de la communauté ; il faut supposer pour que cet article trouve son application, que l'administration légale a continué alors que la communauté était dissoute par le décès encore inconnu de l'absent, ou que la communauté continuée ayant cessé par l'envoi définitif, par la renonciation de l'époux administrateur légal ou par sa mort, la communauté est censée dissoute du jour de la disparition ou des dernières nouvelles. Dans ces deux cas, le conjoint présent se trouve avoir administré les biens d'une communauté dissoute ; c'est exactement notre hypothèse. La loi refuse-t-elle au conjoint présent une indemnité sous prétexte que dans sa gestion il avait un intérêt égal à celui de l'absent ? Non ; elle lui attribue à titre de rémunération une part des fruits comme aux envoyés en possession provisoire.

(1) Ces restrictions peuvent être apportées au pouvoir du mari même avant la demande ; dès la première ordonnance du juge la femme est admise à requérir des mesures conservatoires. En principe, jusqu'à la demande, le mari dispose sans contrôle des biens de la communauté et n'est pas comptable des revenus de la femme. Mais lorsque les mesures autorisées par l'article 212 ont été prises, l'effet de ces mesures est, relativement aux biens qui en font l'objet, d'enlever au mari la

La femme a encore une dernière ressource contre la mauvaise administration de son mari : elle peut réclamer des dommages-intérêts à raison des actes de cette administration, et même en obtenir l'annulation, si les tiers sont complices, en cas de fraude ; c'est là le droit commun ; nous n'avons pas besoin d'invoquer à cet égard l'article 243 qui d'ailleurs n'est pas relatif aux actes d'administration que le mari peut accomplir, la communauté étant dissoute, et qui concerne seulement les obligations contractées ou les aliénations faites par le mari avant la dissolution de la communauté. On appliquera purement et simplement le principe de l'article 1382.

Si à l'égard de la femme le mari est devenu pendant l'instance administrateur comptable, à l'égard des tiers il conserve la qualité de chef de la communauté ; la rétroactivité du divorce n'a pas d'effet par rapport aux tiers, parce que les tiers doivent être tenus en dehors du procès ; pour les tiers la communauté existe encore : il faut donc que cette communauté soit représentée vis à vis

qualité de maître et seigneur de la communauté et de le rendre désormais comptable envers la communauté ou envers la femme. Ainsi le mari perdra le droit de disposer des objets mobiliers compris dans l'inventaire et sera responsable de leur valeur en cas de non représentation : il sera tenu de mettre en réserve le revenu des valeurs mobilières ou des immeubles, etc. Seulement il faut tenir compte de ce fait que la communauté n'est pas encore dissoute ; il résulte de là qu'avant la demande les règles qui régissent la composition de la communauté ne subissent aucune modification : par conséquent les revenus des propres de la femme continueront à tomber dans la communauté, et si plus tard la femme renonce, elle n'y aura plus aucun droit. Au contraire, à partir de la demande, les revenus des propres sont des propres et doivent être restitués intégralement à la femme, en cas de renonciation comme en cas d'acceptation.

M. Carpentier (*Traité théorique et pratique du divorce*, t. II, p. 129) soutient qu'au moins en ce qui concerne le mari la constitution de gardien ne neutralise pas entre ses mains les pouvoirs généraux d'administration qu'il tient de la loi. S'il en était ainsi, à quoi donc servirait l'article 242 ? A quoi bon déterminer par un inventaire et une prise de la consistance et la valeur des effets de la communauté, si, en sa qua-

d'eux par un chef. Le mari pourra leur conférer des droits autrement étendus que ceux que peut conférer un simple administrateur : il disposera à leur profit, à titre gratuit ou à titre onéreux, des meubles de la communauté, leur vendra les immeubles, leur consentira des gages et des antichrèses : les obligations nées de son chef, quelle qu'en soit l'origine, licite ou illicite, que ce soit un contrat à titre onéreux ou de bienfaisance, grèveront, la communauté ; il en sera de même, à raison de l'autorité du mari, des obligations contractées par la femme avec son assistance. Le mari figurera seul valablement, tant en demandant qu'en défendant, dans toutes les actions qui intéressent la communauté et dans les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme. Sans doute, le mari sera responsable envers la femme ; mais celle-ci devra respecter les droits acquis par les tiers et se contenter d'avoir contre le mari un recours, peut-être inefficace, si le mari est insolvable ; d'autre part les indemnités dues à la femme à raison des actes du mari ne pourront diminuer

lité de chef le mari peut, comme auparavant, dissiper les biens de la communauté, sans en être comptable ? M. Carpentier cite à l'appui de son opinion Paris, 2 mars 1886. S. 1886. 2. 161 et Aubry et Rau, t. V, p. 497 § 493 ; la Cour de Paris S. et MM. Aubry et Rau ne disent rien de semblable ; l'arrêt de Paris rendu sous l'empire de l'ancienne législation se borne à exprimer cette idée, juste alors, que le mari ne saurait, en exécution des dispositions de l'article 270 être dessaisi de l'administration des biens de la femme et qu'en conséquence la femme ne peut exiger que les valeurs inventoriées soient déposées chez un notaire ; MM. Aubry et Rau discutent la même question et la résolvent dans le même sens en décidant que l'article 270 n'accordait pas au tribunal la faculté d'ordonner l'établissement d'un séquestre sur les biens de la communauté ou sur ceux de la femme ; mais ni ces auteurs, ni l'arrêt précité ne supposent que le mari, gardien judiciaire, peut, grâce à une aliénation, se soustraire à la nécessité de représenter les objets dont il est chargé. L'article 270 avait précisément pour but, comme aujourd'hui l'article 242, d'empêcher le mari de détourner et d'aliéner les biens de la communauté et ceux de la femme.

les droits des tiers (en prenant ce mot dans le sens spécial que nous lui avons attribué), parce qu'aux yeux des tiers, ces indemnités ne sont pas dues ; et par suite pour avoir paiement de ces indemnités, la femme ne saurait venir à contribution avec les tiers, ni faire valoir à leur encontre son hypothèque légale.

Mais bien qu'à l'égard des tiers, la communauté existe encore, la femme n'obligera pas le mari et la communauté envers eux, en vertu du mandat tacite qu'elle tient de son mari pour se faire faire les fournitures nécessaires soit à elle, soit à ses enfants. Ce mandat tacite ne dérive pas de l'existence du régime de la communauté ; il dérive de la vie commune ; or pendant l'instance, la vie commune est suspendue. Il suffit que les époux soient séparés de fait pour que l'on doive admettre la révocation du mandat tacite. Cependant tant que le mariage dure, le mari reste tenu comme tel de pourvoir, en raison de ses facultés, aux nécessités de la femme et des enfants ; les dépenses que la femme fait pour son entretien et celui de ses enfants doivent être supportées, pour partie, par le mari ; la femme, personnellement obligée pour le tout envers les créanciers, aura action contre le mari, afin d'être indemnisée partiellement. En conséquence, les créanciers pourront agir contre le mari au nom de la femme leur débitrice, en vertu de l'article 1166 Code civil, et se faire ainsi payer directement par le mari la part de dépenses qui incombe à celui-ci.

Quel sera l'effet à l'égard des tiers des mesures conservatoires autorisées par l'article 242. Code civil ? Ces mesures ont pour objet d'empêcher le mari de dissiper les biens de la communauté ou de la femme ; pour que leur résultat soit efficace, il faut qu'elles aient effet à l'égard des tiers. Peu importe que la demande n'opère pas à l'égard des tiers dissolution de la communauté. Les mesures conser-

vatoires sont indépendantes de l'effet rétroactif du divorce ; la preuve en est qu'elles peuvent être prises avant que la demande soit formée.

Nous distinguerons cependant entre les tiers de bonne foi et les tiers de mauvaise foi. Les tiers de bonne foi sont ceux qui auront ignoré l'existence des mesures conservatoires ; s'il est nécessaire de protéger la femme contre les abus de pouvoir du mari, il serait dangereux que cette protection s'exerçât au dépens des tiers de bonne foi : ceux-ci pourront devenir valablement acquéreurs des biens que le mari a aliénés au mépris de la constitution de séquestre ou de gardien judiciaire. Il en sera autrement des tiers de mauvaise foi, c'est-à-dire de ceux qui ont traité connaissant les mesures conservatoires prises à la requête de la femme.

En l'absence de toute mesure conservatoire la femme sera-t-elle toujours tenue de respecter les droits conférés par son mari à des tiers au cours de l'instance ? Non : la femme pourra attaquer les actes de son mari, si ces actes ont été faits en fraude de ses droits. Nous en avons la preuve dans l'article 243 (1). L'article 243 est la reproduction de l'article 271 ancien ; plusieurs difficultés s'étaient élevées sur cet article. On s'était d'abord demandé s'il était absolument nécessaire qu'il y eût de la part du mari intention de fraude et si le préjudice résultant d'une aliénation

(1) Il ne faut pas s'étonner ici de nous voir invoquer l'article 243, alors que nous l'écartions lorsqu'il s'agissait d'apprécier la validité des actes de disposition du mari à l'égard de la femme. Nous avons dit que l'application de l'article 243 était limitée par celle de l'article 252 in fine ; que l'article 243 supposait que la communauté n'était pas dissoute. Or, en ce qui concerne les tiers, la communauté subsiste toujours ; à leur égard le jugement de divorce n'a pas d'effet rétroactif ; il n'y a plus conflit entre l'article 252 et l'article 243, puisque l'article 252 in fine n'est relatif qu'aux époux ; vis-à-vis des tiers il n'y a pas de distinction à faire entre la période antérieure et la période postérieure à la demande ; relativement à eux l'article 243 embrasse les deux périodes et conserve un champ d'application aussi étendu qu'autrefois.

intempestive ne suffisait pas. La question a été formellement posée au Sénat et elle a été résolue de la façon la plus nette par le rapporteur, M. Emile Labiche (Séance du 22 décembre 1885) « Le préjudice ne suffit pas à constituer « la fraude ; il faut l'intention de nuire à la femme, et le « plus souvent probablement l'intention d'attribuer à ses « dépenses un bénéfice au mari ». C'est la consécration formelle de la théorie généralement adoptée par les auteurs. Il y a deux cas de fraude ; d'abord quand le mari diminue la communauté pour s'enrichir ; en second lieu lorsque le mari diminue la communauté, non pour s'avantager lui-même, mais pour frustrer la femme en avantageant des tiers. Le premier cas est de beaucoup le plus ordinaire en temps normal ; mais le second est particulièrement à redouter au cours d'une instance en divorce ; car alors le mari sera encore plus souvent dominé par la haine que par la cupidité.

On se demandait aussi si la femme devait prouver la fraude, non seulement du mari, mais aussi des tiers qui avaient contracté avec lui. La cour de Colmar (1) avait jugé que lorsque la femme attaque les actes faits par son mari dans les conditions de l'article 271, il lui suffit d'établir que ces actes ont été faits en fraude de ses droits, sans qu'elle ait à justifier contre le tiers qu'il s'est rendu complice de la fraude, « parce que celui-ci ayant contracté « avec le mari, alors que l'action en séparation de corps « était déjà intentée, alors même qu'elle avait pris par la « procédure suivie un certain caractère de publicité, ce « tiers n'a plus contracté qu'à ses risques et périls, avec « les chances dont le menaçaient la séparation de corps et « le fait d'un contrat passé avec un mari déjà attaqué dans « ses pouvoirs et son autorité ». La plupart des auteurs

(2) Colmar, 23 février 1857. Sirey, 1857, 2, 321.

soutenaient au contraire, en s'appuyant sur les travaux préparatoires, que l'article 271 n'était que l'application du droit commun contenu dans l'article 1167 et qu'en conséquence la complicité des tiers devait être prouvée. Laurent III, n° 253. Aubry et Rau, t. V, § 494.

Depuis la loi du 18 avril 1886, la question n'est plus douteuse. Dans la séance du 22 décembre 1885 au Sénat, M. Delsol demanda s'il fallait que les tiers eussent été complices de la fraude: le rapporteur, M. Labiche, répondit : « Cela me paraît nécessaire ».

Il faudra donc prouver que les tiers ont été complices de la fraude, c'est-à-dire aient su que le mari a agi dans l'intention de nuire à la femme ; il ne suffirait pas de prouver qu'ils ont eu connaissance de la demande en divorce ; cette circonstance pourra faire suspecter leur bonne foi, mais elle n'en est pas exclusive ; les tiers ont pu croire que l'acte ne causait à la femme aucun préjudice ; or, à défaut de préjudice, la femme aurait été sans intérêt et partant sans droit pour demander la révocation de l'acte.

L'article 243, comme autrefois l'article 271, n'est-il qu'un cas particulier d'application de l'action paulienne ? S'il en est ainsi, la preuve de l'intention frauduleuse de la part des tiers ne sera nécessaire qu'autant qu'il s'agira d'un acte à titre onéreux. S'agit-il d'un acte à titre gratuit, l'acte pourra être annulé malgré la bonne foi des tiers, parce que ce n'est pas leur faire tort que de les priver d'un gain sans leur infliger aucun préjudice. C'est ce que l'on admet généralement : l'article 243 est conçu dans les mêmes termes que l'article 1167 ; à défaut de toute raison particulière qui impliquerait une solution différente, le sens des deux articles doit être le même. Du reste, il résulte de la discussion du projet de loi au Sénat que le législateur a entendu s'en référer au droit commun (Séance du 22 déc. 1885).

Or le droit commun est contenu dans l'article 1167. (1).

Si la femme ne réussit pas à prouver que les tiers sont complices de la fraude, elle devra se contenter de réclamer au mari des dommages-intérêts ; mais alors la preuve de la fraude ne sera exigée à l'égard du mari qu'autant que l'acte incriminé sera antérieur à la demande ; car, à partir de la demande, par suite de l'effet rétroactif du divorce, le mari a perdu le droit de disposer, et tout acte de disposition illégal le mettra, quelle que soit sa bonne ou sa mauvaise foi, dans la nécessité de réparer le préjudice que la femme peut en éprouver. Quant aux actes d'administration, il n'en est pas de même, car le mari a le pouvoir d'administrer pendant l'instance ; le simple préjudice ne donnera pas à la femme droit à une indemnité ; mais comme

(1) MM. Aubry et Rau sont cependant d'une opinion différente et enseignent (t. V § 494, note 21) que si l'action accordée à la femme offre certaines analogies avec l'action paulienne, les règles qui régissent cette dernière n'y sont pas indistinctement applicables. C'est ainsi, d'après eux, que dans la matière qui nous occupe, il n'y a pas lieu de tenir compte du caractère onéreux ou gratuit des actes attaqués. En effet, disent-ils, les donations immobilières faites par le mari ne sont pas simplement révocables par application de l'article 1167, mais annulables comme excédant la limite de ses pouvoirs ; quant aux donations d'objets mobiliers, au contraire, elles ne peuvent être révoquées en raison du préjudice seul qu'elles ont causé à la femme, puisqu'elles rentrent dans le droit de disposition du mari, de sorte qu'elles ne sont révocables que comme frauduleuses, et qu'autant que les tiers ont été complices de la fraude.

Nous avouons ne pas comprendre l'argument de MM. Aubry et Rau ; les donations immobilières sont hors de cause ; il est clair qu'il n'est nécessaire d'avoir recours à l'article 271, comme à l'article 1167, que pour faire révoquer des actes valables, et non pour attaquer des actes nuls ; donc, à cet égard, il n'y a pas de différence entre l'action de l'article 271 et l'action paulienne. Quant aux donations mobilières, on peut raisonner sur l'article 1167 comme font MM. Aubry et Rau sur l'article 271, et dire « qu'elles rentrent dans le droit de disposition du « débiteur, de sorte qu'elles ne sont révocables qu'autant que les tiers « ont été complices de la fraude » ; le débiteur est aussi capable de disposer à titre gratuit de sa chose, que le mari des biens meubles de la communauté, ce qui n'empêche pas les donations d'être révocables en vertu de l'article 1167, malgré la bonne foi des donataires, lorsqu'il y a eu fraude de la part du donateur.

le mari est responsable dans les termes du droit commun et doit administrer en bon père de famille, la femme ne sera pas non plus tenue de prouver la fraude, c'est-à-dire l'intention de nuire ; il lui suffira de prouver la faute, c'est-à-dire la négligence ou l'imprudence. Ce sont des points que nous avons déjà eu l'occasion de développer.

Section III. — Dissolution de la communauté.

La demande produit dissolution de la communauté quant aux époux : à l'égard des tiers la communauté subsiste. Ces deux propositions ont déjà été suffisamment expliquées.

La femme peut-elle accepter la communauté ou y renoncer pendant l'instance ? L'affirmative est généralement admise en matière de séparation de biens ou de corps. On invoque d'abord la tradition. Il était d'usage dans l'ancien droit que la femme fit sa déclaration de renonciation le jour même de la demande en séparation de biens. Si la femme a le droit de renoncer, il faut aussi lui reconnaître le droit d'accepter pendant la durée de l'instance. L'article 1463 Code civil, en disant que la femme divorcée ou séparée de corps, qui n'a point accepté la communauté dans les trois mois et quarante jours à partir du divorce ou de la séparation définitivement prononcés, est censée y avoir renoncé, a seulement pour but de ne pas permettre à la femme d'accepter tardivement, c'est-à-dire passé le délai ; il n'a point eu en vue de prohiber une acceptation anticipée, par conséquent conditionnelle et subordonnée à l'événement de la séparation ou du divorce non encore prononcés. La jurisprudence est en ce sens, Cass., 21 juin 1831. S. 31. 1, 268. Orléans, 14 novembre 1817. S. C. N.,

5. 2. 329. Lyon, 24 décembre 1829. S. C. N., 9. 2. 366. V. aussi Rodière et Pont, t. II, n° 1041. Troplong, III, n° 1507.

Ces raisons nous paraissent fort douteuses. Remarquons d'abord que si la tradition peut avoir quelque autorité en matière de séparation de corps ou de biens, elle n'est pas à considérer en matière de divorce. Revenons donc aux principes. Les principes nous disent que les conditions requises pour l'acceptation ou la renonciation de la communauté sont celles exigées pour l'acceptation ou la renonciation d'une hérédité (Laurent XXII, n° 370, cf. Pothier. Communauté n° 536 et s.). Or il est constant que celui qui accepte une hérédité ou y renonce doit avoir une connaissance certaine de l'ouverture de l'hérédité, que l'acceptation comme la renonciation doit être pure et simple et ne comporte ni terme ni condition, à peine de nullité. Ces règles sont applicables à la femme commune : est-ce que la femme commune a une connaissance certaine de la dissolution de la communauté, alors que cette dissolution est encore douteuse et dépend de l'événement du procès ? Est-ce que son acceptation ou sa renonciation peut être autre chose que conditionnelle, puisqu'elle est subordonnée à la prononciation du divorce ?

La rétroactivité du jugement de séparation de biens ou du jugement de divorce est une fiction. Il faut donc voir quel est le but de la fiction et quelles en sont les limites. En matière de séparation de biens, la loi veut garantir les droits de la femme. Est-ce que la renonciation lui donne une garantie de plus ? En matière de divorce la rétroactivité a pour objet d'enlever aux époux la faculté de modifier, en ce qui les concerne, le patrimoine de la communauté, en avançant ou retardant, suivant certaines combinaisons, le moment où le divorce doit produire effet. Quelle influence aurait à cet égard une renonciation ou une ac-

ception anticipée de la communauté ? Quand la fiction n'a plus de raison d'être on rentre dans la réalité, et la réalité c'est que la communauté subsiste.

L'opinion que nous combattons aurait des inconvénients particulièrement graves en cas de séparation de corps ou de divorce. En cas de séparation de biens, la composition de la communauté est définitivement fixée au jour de la demande : si à cette date la communauté est solvable, la femme sait qu'elle ne peut plus devenir insolvable par le fait du mari ; elle acceptera donc en toute sécurité et en connaissance de cause. Au contraire, en cas de divorce ou de séparation de corps, le mari conserve à l'égard des tiers ses pouvoirs de disposition, bien qu'à l'égard de la femme il les ait perdus : le mari pourra donc, au cours de l'instance, faire disparaître l'actif de la communauté, grever le passif de dettes nouvelles ; si la femme a accepté en formant sa demande, croyant accepter une communauté avantageuse, ses prévisions vont être renversées. La faculté de renoncer est la contre-partie du pouvoir exorbitant qui appartient au mari sur les biens de la communauté ; tant que ce pouvoir exorbitant subsiste dans quelque mesure que ce soit, soit à l'égard de la femme, soit à l'égard des tiers, une acceptation ou une renonciation ne saurait être définitive et obligatoire.

Remarquons enfin qu'en matière de divorce ou de séparation de corps, la rétroactivité n'ayant d'effet qu'entre époux, une acceptation ou une renonciation faite au cours de l'instance n'existerait que par rapport au mari ; elle n'existerait pas vis-à-vis des tiers qui ne sauraient ni l'invoquer, ni se la voir opposer. La femme qui serait acceptante par rapport au mari pourrait être renonçante vis-à-vis des tiers, et réciproquement. Une pareille situation est au moins singulière et donnerait lieu à des difficultés inextricables, lorsqu'il s'agirait de procéder à la liquidation.

La question que nous venons d'examiner présente un intérêt pratique assez considérable ; non qu'il arrive souvent au cours d'une instance que la femme fasse une acceptation ou une renonciation formelle ; mais si l'on admet que l'acceptation peut avoir lieu à partir de la demande, il faut admettre que cette acceptation peut être expresse ou tacite ; c'est, en effet, ce qui a été jugé. La Cour de cassation (arrêt du 21 juin 1831, précité), a décidé que la femme qui, en formant sa demande en séparation de corps, a conclu en même temps à la liquidation et au partage de la communauté est réputée par cela même accepter la communauté ; par suite, elle pourra se prévaloir de cette acceptation anticipée pour écarter la déchéance de l'article 1463, mais, d'autre part, cette acceptation la liera définitivement et fera obstacle à toute renonciation ultérieure.

Nous avons démontré le danger d'une pareille doctrine ; suivant nous, la femme ne pourra accepter ou renoncer qu'à partir de la transcription ; une acceptation ou une renonciation anticipée est nulle, parce que la femme n'a pu savoir ce qu'elle faisait : réciproquement la femme devra se prononcer dans les délais de l'article 1463, sous peine d'être présumée renonçante.

Dans n'importe quelle opinion le délai de trois mois et quarante jours pendant lequel la femme est tenue de se prononcer, si elle ne veut être déchue de la faculté d'accepter, ne courra contre la femme divorcée ou séparée de corps, même à l'égard du mari, à partir du jour de la demande. L'article 1463 est formel : le délai ne court qu'à partir de la séparation de corps ou du divorce *définitivement prononcés* : or, le divorce n'est définitif que par la transcription.

Section IV. — Liquidation de la communauté.

Nous allons examiner séparément le cas où la femme accepte la communauté et le cas où elle y renonce.

Supposons d'abord que la femme accepte la communauté. Quelles seront dans cette hypothèse les conséquences de l'effet rétroactif du divorce ?

En cas d'acceptation, le partage est précédé de deux opérations préliminaires, le prélèvement des propres par chaque époux et le règlement des récompenses dues par la communauté aux époux ou par les époux à la communauté. En ce qui concerne le prélèvement des propres, pas de difficulté; ce prélèvement n'est pas une appréhension de fait; les propres se détachent de plein droit et rentrent *ipso jure* dans le patrimoine de chaque époux, avec les fruits et intérêts qu'ils ont produits depuis la demande; car ces fruits et intérêts sont eux-mêmes des propres, ainsi que nous l'avons démontré plus haut en traitant de la composition de la communauté.

Quant au règlement des récompenses, il s'opérera en tenant compte de cette idée, que la dissolution de la communauté est reportée au jour de la demande. L'article 1473 dispose que les remplois et récompenses dus par la communauté aux époux, et les récompenses et indemnités par eux dues à la communauté emportent les intérêts de plein droit du jour de la dissolution de la communauté; on devra décider que ces intérêts courront du jour de la demande.

Cette solution n'est pas douteuse, étant admis que les fruits et intérêts des propres perçus ou échus depuis la demande sont eux-mêmes propres et restituables à l'époux propriétaire, en vertu de la règle suivant laquelle les fruits et intérêts accroissent la masse dont ces biens font partie. Le droit aux récompenses a un double caractère de propriété et de créance; les indemnités sont une fraction du patrimoine des époux; ce sont des biens propres consis-

tant en deniers propres versés dans la communauté; le fondement du droit de reprise se trouve dans la propriété des époux; les intérêts des reprises appartiennent donc à l'époux comme propriétaire, au même titre que les intérêts de ses propres. Réciproquement quand l'époux doit une indemnité, c'est pour s'être approprié une valeur qui, après la dissolution, doit faire partie de la masse partageable; si l'époux jouissait, après la dissolution de la communauté, d'un bien commun, il devrait compte de sa jouissance en rapportant les fruits à la masse; par la même raison, il doit les intérêts des indemnités. V. Laurent, XXII, nos 490, 503; XXIII, n° 102.

Les intérêts des récompenses ne sont donc pas des intérêts moratoires; la loi les fait courir de plein droit pour empêcher un enrichissement injuste de la communauté. Il résulte de là que ces intérêts ne seront pas nécessairement dus au taux légal, mais seulement dans la limite du revenu que le débiteur a pu ou dû obtenir.

Ces principes ont été appliqués par un jugement du tribunal civil de la Seine, en date du 21 décembre 1888 (*le Droit*, 31 déc. 88-1^{er} janv. 89).

L'hypothèse était la suivante: le mari avait dû, par suite de saisies-arrêts pratiquées par la femme, déposer à la Caisse des consignations la somme nécessaire pour assurer le paiement des reprises; le notaire liquidateur avait cependant mis à la charge du mari les intérêts à 5 p. 100 à partir du jour de l'introduction de l'instance en divorce; le mari éleva à ce sujet une contestation.

Le tribunal commence par établir qu'au jour de l'introduction de la demande en divorce le mari n'est pas en demeure de restituer à la femme le montant de ses reprises; qu'à cette époque, il n'est débiteur des reprises qu'éventuellement et qu'il est même incertain, si cette éventualité se réalisera; que l'obligation qui lui incombe de tenir

compte à la femme des intérêts de ses reprises à partir du jour de la demande est fondée exclusivement sur ce motif d'équité qu'il ne serait pas juste qu'après la dissolution de la communauté le patrimoine du mari s'enrichit aux dépens du patrimoine de la femme. Il suit de là, dit le jugement, que, si par suite d'un fait qui ne saurait être imputé à faute au mari, les reprises de la femme n'ont pas produit d'intérêts ou n'ont produit qu'un intérêt inférieur à l'intérêt légal pendant le temps intermédiaire entre la dissolution de la communauté et la liquidation, le mari ne doit pas compte à la femme de l'intérêt desdites reprises, ou ne lui en doit compte que dans la mesure de l'intérêt qu'elles ont réellement produites.

Si les intérêts des reprises sont dus à partir de la demande, la prescription ne court à l'égard de ces intérêts que du jour de la liquidation; la somme à réclamer par l'époux créancier étant incertaine jusque-là, les intérêts sont également incertains; ces intérêts ne pouvant être exigés qu'après une fixation préalable, la prescription quinquennale ou même trentenaire est donc inapplicable (Cass. 20 juillet 1858; S. 1858, 1, 748).

Il importerait peu que l'époux demandeur, après avoir introduit sa demande, eût suspendu ses poursuites et eût attendu plusieurs années avant de prendre jugement; l'intérêt des reprises n'en serait pas moins dû à partir du jour de la demande. Certains arrêts et certains auteurs décident néanmoins en matière de séparation de biens ou de séparation de corps que dans ce cas les intérêts des reprises ne courent qu'à dater du jour du jugement ou du jour où les poursuites ont été reprises (1). La Cour de Cassation dans son arrêt du 4 février 1846 donne pour unique

(1) Grenoble, 14 mai 1832. Sirey, 1833, 2, 358. Cass. 4 février 1846. Sirey, 1846, 1, 553. Rodière et Pont, I, n° 857, Dutruc, Sép. de biens n° 273. Massé et Vergé, IV, n° 649, texte et note 29. Guillaud, Contrat de mariage, III, n° 1163.

motif que l'art. 1445 (on pourrait en dire autant de l'art. 252 in f., conçu absolument dans les mêmes termes) « sup-
« pose une instance suivie et non suspendue par le fait de
« la femme. »

Cette supposition est tout à fait gratuite ; aucun indice n'autorise à la sous-entendre ni dans l'article 1445, ni dans l'article 252. Les arrêts précités semblent être partis d'une idée fausse : il se trouvait que dans les espèces sur lesquelles ils avaient à statuer le mari avait pendant l'instance pourvu aux besoins de la femme et supporté toutes les charges du ménage ; il paraissait rigoureux de lui imposer par surcroît l'intérêt des reprises. Les juges auraient dû considérer que, la séparation étant prononcée, la communauté est réputée dissoute du jour de la demande ; qu'à partir de ce jour le mari n'est plus tenu de subvenir seul aux frais d'entretien de la femme et des enfants et que la femme est tenue de supporter sa part de ces dépenses : il aurait suffi d'autoriser le mari à retenir sur les intérêts des reprises le montant de la part contributoire de la femme aux charges du ménage, et l'équité aurait été satisfaite. D'ailleurs il n'y a rien d'intolérable à laisser les intérêts courir au préjudice du défendeur malgré la suspension des poursuites ; rien n'est plus facile au défendeur que de mettre fin à cette situation et d'abrégier ainsi le cours des intérêts en portant lui-même l'affaire à l'audience et en provoquant une solution définitive (1).

(1) L'inconvénient serait réel, si l'on admettait que la demande dont l'introduction marque le point de départ des intérêts est la requête de divorce et non l'assignation devant le tribunal : car après avoir présenté sa requête le demandeur pourrait attendre indéfiniment avant de lancer son assignation et le défendeur n'aurait aucun moyen de l'y contraindre ; en attendant, les intérêts continueraient à courir. Sans doute la loi veut que l'assignation soit donnée dans les vingt jours de l'ordonnance qui permet d'assigner ; mais cette prescription n'a d'autre sanction que la déchéance des mesures conservatoires, (article 238, Code civil) ; après les vingt jours l'assignation n'en est pas moins valable,

L'opinion que nous combattons prête à l'arbitraire et soulève dans l'application les plus grandes difficultés : les intérêts vont-ils courir du jour où le demandeur a fait de nouvelles diligences, ainsi que le décide la Cour de Cassation, ou seulement du jour du jugement, comme a jugé la cour de Grenoble (arrêt du 14 mai 1832) ? Les intérêts des reprises ne courent pas au préjudice du défendeur, soit ; mais ne courront-ils pas cependant au préjudice du demandeur ? il ne peut dépendre du demandeur, en suspendant les poursuites, de rendre improductifs les capitaux dont il est débiteur envers son conjoint ou envers la communauté. On supprime toutes ces difficultés en décidant avec la cour d'Agen (28 avril 1868. Sirey 1868, 2, 129) que dans tous les cas les intérêts des reprises sont dus à partir du jour de la demande.

Les créances personnelles de l'un des époux contre l'autre ne porteront pas intérêt du jour de la demande de divorce. L'article 1479 exige pour faire courir ces intérêts une demande en justice, et par là, il faut entendre, conformément à l'article 1153, une demande dans laquelle ces intérêts sont spécialement réclamés. Mais si l'époux créan-

une nouvelle requête serait inutile et la tentative de conciliation n'aurait pas besoin d'être recommencée.

Par conséquent, si la requête était la demande qui fait courir les intérêts, les intérêts courraient à partir de cette requête, à quelque époque qu'ait été lancée l'assignation, sans que le défendeur eût le moyen d'obliger le demandeur à sortir de son inaction ; car nous ne rencontrons pas en notre matière de disposition analogue à celle de l'article 37 (Code de Procédure civile) aux termes duquel la citation en conciliation fait courir les intérêts, mais à la condition que « *la demande* » soit formée dans le mois à dater du jour de la non-comparution ou de la non-conciliation.

Mais nous avons démontré plus haut p. 111 que la demande, dans le sens de l'article 252. Code civil, est l'assignation devant le tribunal ; dès lors le danger n'existe plus ; à partir de l'assignation l'instance est commune aux deux parties ; chacune a le droit d'en provoquer la solution ; d'après l'article 80, Code de Procédure civile, il appartient à la partie la plus diligente, sans distinguer entre le demandeur et le défendeur, de donner avenir à l'audience.

cier est soumis à la rigueur du droit commun, il en a aussi le bénéfice ; à la différence des récompenses qui ne peuvent s'exercer avant le partage parce que jusque là on ne sait pas quels sont les droits de l'époux débiteur dans la communauté, les créances de l'un des époux contre son conjoint peuvent être poursuivies avant le partage et même pendant la durée de la communauté ; tout créancier a le droit d'agir contre son débiteur lorsque sa créance est exigible ; l'époux créancier aura donc à toute époque le droit d'agir contre son conjoint pour faire courir les intérêts (1).

On a dit quelquefois que les créances de l'époux sommeillent pendant la durée de la communauté et qu'alors elles ne peuvent faire l'objet d'une demande en justice (2). Même dans cette opinion il faudra reconnaître à l'époux créancier la faculté d'agir à partir de la demande de divorce, puisqu'à partir de ce moment la communauté est dissoute.

Les intérêts des créances personnelles dus en vertu d'une demande en justice sont des intérêts moratoires ; ils seront nécessairement calculés au taux légal et ne porteront pas l'application des règles que nous avons précédemment exposées.

Le principe de la rétroactivité, le fait que cette rétroactivité n'existe qu'à l'égard des époux, sans exister à l'égard des tiers, ne sera d'aucune influence sur le calcul du bénéfice d'émolument (article 1463). L'émolument de la femme sera toujours calculé de la même manière, soit que la femme oppose le bénéfice d'émolument au mari, soit qu'elle l'oppose aux tiers. Le bénéfice d'émolument est fondé sur l'équité ; or l'équité exige que la femme acceptante doive compte aux créanciers de tout ce qu'elle a

(1) Laurent, t. XXII, n° 347. Contrà : Aubry et Rau, t. V, n° 512, note 7. Rodière et Pont, t. II, n° 960.

(2) Rodière et Pont, t. II, p. 230, n° 267.

amendé aux dépens de la communauté et ne doit pas compte d'autre chose. L'émolument sera calculé en raison de ce qui sera réellement échu à la femme par le partage à titre de femme commune, c'est-à-dire en raison de la composition de la communauté au jour de la demande : il ne sera jamais calculé même à l'égard des tiers comme si la communauté avait subsisté jusqu'à la transcription. Les tiers ne pourraient donc faire figurer fictivement dans l'émolument de la femme la part qui lui serait revenue dans l'actif des successions mobilières échues depuis la demande, comme si ces successions étaient tombées dans la communauté. Réciproquement la femme ne pourrait à l'égard des tiers déduire de son émolument la part qui lui incomberait dans les dettes contractées depuis la demande et qui seraient tombées dans la communauté, si cette communauté n'avait pas été dissoute. Il faudra se régler uniquement à l'égard de tout le monde d'après les résultats du partage : la femme pourra toujours s'en prévaloir vis-à-vis des tiers, et les tiers pourront toujours les invoquer contre elle.

Supposons maintenant que la femme soit renonçante. Les intérêts de ses reprises vont-ils courir du jour de la demande ? La réponse dépend du point de savoir si la femme renonçante a droit aux intérêts de ses reprises du jour de la dissolution de la communauté. Plusieurs auteurs (1) décident qu'après la renonciation la femme n'a pas de créances contre la communauté, mais des créances personnelles contre le mari, créances qui sont comprises dans l'article 1479, lequel est lui-même une application du droit commun ; dans le cas où la femme accepte, l'article 1473 établit une exception à la règle générale en faisant courir les intérêts de plein droit ; la même exception n'a

(1) Colmet de Santerre VI, n° 134 bis IV. Marcadé sur l'article 1493.

pas été reproduite pour le cas de renonciation ; il en faut donc revenir au principe contenu dans l'article 1153, à savoir que les intérêts ne courent qu'en vertu de la demande qui en est faite. Dans ce système, les reprises de la femme renonçante ne portent pas intérêt de plein droit à dater de la demande de divorce. Mais la femme n'aurait-elle pas le moyen de faire courir ces intérêts à son profit pendant l'instance, soit en formant une demande spéciale, soit en concluant accessoirement dans sa demande de divorce à la liquidation de ses reprises en capital et intérêts ? Non, une pareille demande ne pourrait avoir pour effet de faire courir les intérêts ; les intérêts dus en vertu de l'article 1153 sont des intérêts moratoires ; or, pendant l'instance, le mari ne saurait être mis en demeure d'effectuer le remboursement des reprises ; il ne peut être question d'indemniser la femme de l'injuste résistance du mari en lui allouant des intérêts, puisque le capital n'est pas exigible. Donc les reprises de la femme renonçante ne deviendront jamais productives d'intérêts avant que le divorce ne soit devenu définitif par la transcription (1).

Cette solution est fort rigoureuse et soulève des craintes légitimes.

Il arrivera que le mari, en vue de conserver plus longtemps le montant des reprises sans avoir à en payer l'intérêt, tâchera de faire traîner le procès en longueur ; ce serait bien le cas de faire intervenir le principe de l'ef-

(1) Nous avons vu plus haut que les créances personnelles peuvent devenir productives d'intérêts en vertu d'une demande formée à quelque époque que ce soit ; cette différence entre les créances personnelles et les reprises tient à ce que les reprises ne sont jamais exigibles avant le jugement même de divorce ou de séparation, tandis que les créances personnelles peuvent être exigibles au cours de la communauté ; étant exigibles, ces créances pourront valablement faire l'objet d'une demande ; cette demande aura pour effet de constituer l'époux débiteur en demeure et de faire courir contre lui les intérêts. L'époux débiteur de reprises ne peut au contraire être mis en demeure qu'une fois la séparation ou le divorce acquis.

fet rétroactif du divorce. On objectera que la femme pourra déjouer ce calcul en forçant le mari à consigner le montant des reprises ; mais ce remède est bien aléatoire ; et comme la consignation n'est possible qu'à titre de mesure conservatoire, le juge, si le mari est solvable, n'autorisera que difficilement la consignation. On dira enfin que, si les reprises de la femme renonçante ne sont pas productives d'intérêts, par réciprocité, les indemnités que la femme doit à la communauté ne le seront pas davantage : nous ne voyons pas là une compensation ; il est toujours aussi injuste que la femme puisse impunément s'enrichir aux dépens du mari que le mari aux dépens de la femme, et les inconvénients seront les mêmes ; il y aura le même défaut de logique à décider que la loi oblige l'époux à agir en justice pour faire courir les intérêts et lui défend en même temps d'agir. Observons enfin que la femme renonçante sera plus souvent créancière de reprises vis-à-vis de la communauté que débitrice d'indemnités envers cette même communauté, et que de fait dans le système que nous venons d'exposer ce sera la femme qui presque toujours sera sacrifiée.

Nous préférons le système contraire qui d'ailleurs repose sur des fondements plus solides. D'après la majorité des auteurs et la jurisprudence les reprises de la femme renonçante doivent être assimilées aux reprises de la femme acceptante (1). En cas de renonciation comme en cas d'acceptation la femme a droit aux fruits et intérêts de ses propres à partir du jour de la demande ; si les biens n'existent plus en nature, la récompense les remplace : il faut dire de l'indemnité due à la femme du chef de ses propres versés dans la communauté ce que nous venons de dire des fruits : la femme doit jouir des intérêts, parce que les

(1) Aubry et Rau, t. V. § 511, note 14. Rodière et Pont. t. III n° 1517 ; Laurent t. XXIII n° 102, Cass. 9 février 1870. Sirey 1870. 4. 299.

indemnités lui tiennent lieu de ses propres. V. Laurent XXIII n° 102. Nous déciderons en conséquence que les intérêts des reprises de la femme renonçante courent de plein droit du jour de la demande en divorce et nous appliquerons à ces intérêts les mêmes règles qu'au cas d'acceptation. C'est ainsi notamment que ces intérêts n'étant pas des intérêts moratoires, mais étant seulement représentatifs de la jouissance du mari, cesseront d'être dus au taux légal, par exemple en cas de consignation. (Tribunal de la Seine 21 décembre 1888, le Droit du 31 décembre 1888 - 1^{er} janvier 1889.)

Réciproquement et pour les mêmes motifs la femme renonçante paiera à partir du jour de la demande en divorce les intérêts des indemnités dont elle est débitrice envers la communauté.

Les intérêts des récompenses ou des reprises, en cas d'acceptation comme en cas de renonciation, ne courent pendant l'instance que dans les rapports des époux entre eux ; ils ne courent pas l'égard des créanciers de la communauté ou des créanciers du mari ou de la femme qui ont la qualité de tiers au point de vue de l'article 252, parce que vis-à-vis de ces tiers, la communauté n'étant pas encore dissoute, les récompenses ou les reprises n'ont pu produire d'intérêts pendant l'instance. Il en est de ces intérêts comme des fruits et intérêts des propres à partir de la demande : la restitution des fruits et intérêts des propres ne peut être réclamée par l'époux propriétaire au préjudice des tiers : de même ni la communauté, ni l'époux créancier ne sauraient nuire aux tiers en venant à contribution avec eux pour avoir paiement des intérêts des récompenses ou des reprises ; et si c'est la femme qui se trouve créancière, il ne lui sera pas permis de faire valoir à l'encontre des tiers son hypothèque légale pour sûreté des intérêts courus avant le jour de la transcription.

La dissolution de la communauté donne ouverture à la liquidation des reprises ; la communauté étant dissoute du jour de la demande, la liquidation des reprises peut-elle avoir lieu immédiatement et le paiement en être effectué avant que l'instance ait reçu une solution ? En matière de divorce il n'arrivera guère que le mari restitue intégralement la dot de la femme avant le jugement ; mais au cours du procès, en vertu d'arrangements ménagés par les conseils ou les parents des parties, on verra souvent le mari faire remise à la femme de ses effets personnels et de son mobilier, amiablement et sans formalités judiciaires, ou même consentir à lui verser pour son entretien certaines sommes à valoir sur ses reprises ; il y a là un paiement partiel des reprises et la difficulté est la même que si le paiement avait eu lieu pour le tout : de pareils arrangements sont-ils valables ou sont-ils au contraire frappés de nullité et le mari après la prononciation du divorce va-t-il être tenu à un second paiement ? tel est l'intérêt pratique de la question.

On peut dire que la communauté étant dissoute à partir du jour de la demande sous condition suspensive, on doit appliquer au paiement des reprises fait au cours de l'instance les règles qui régissent le paiement d'une obligation sous condition suspensive fait avant l'échéance de la condition. Si le créancier paie avant la condition, il pourra répéter ce qu'il a payé comme chose non due ; mais si la condition se réalise, la rétroactivité de la condition accomplie a pour effet de valider le paiement, et de mettre obstacle désormais à la répétition. En ce qui concerne le paiement anticipé des reprises, la réalisation du divorce, événement futur et incertain, opérerait comme une condition véritable : le paiement serait valable sous la condition que le divorce serait prononcé et deviendrait ensuite définitif par la transcription ; en attendant le mari aurait le droit

de répéter ; enfin si le divorce n'était pas prononcé, la condition défailant, le paiement serait annulé et la femme ne serait tenue de restituer que ce dont elle aurait profité.

Cette manière de raisonner n'a guère trouvé d'approuvateurs ni en jurisprudence, ni en doctrine ; la difficulté a été portée devant la Cour de Grenoble qui l'a résolue dans un arrêt du 28 août 1847 (1) ; il s'agissait d'une séparation de biens, mais la question est la même. Voici l'espèce : dans le calcul de ses reprises, une dame Planel faisait figurer la somme de 1,800 francs, valeur de son mobilier, bien que son mari le lui eût remis en nature avant leur séparation de biens, ainsi qu'une somme de 400 francs que son mari prétendait avoir payée pendant la durée de l'instance. Elle soutenait, quant à ces deux objets, qu'elle n'avait pas eu capacité pour toucher aucune valeur jusqu'au moment du jugement de séparation de biens et que, dès lors, toutes les remises d'effets mobiliers ou de sommes qui avaient pu lui être faites avant cette époque étaient nulles à son égard et ne pouvaient lui être opposées. A ces prétentions le mari répondait que, les effets du jugement de séparation remontant au jour de la demande, la dame Planel, qui avait repris possession de son mobilier et touché la somme en question après l'introduction de sa demande en justice, devait être rétroactivement considérée comme ayant joui en ce moment d'une pleine capacité. Les prétentions de la dame Planel furent repoussées en première instance ; mais la Cour de Grenoble les accueillit par les motifs suivants : « Attendu que si l'effet du jugement de séparation « de biens quant aux droits et intérêts de la dot remonte « au jour de la demande, le pouvoir de la femme de

(1) Sirey 1848. 2. 469.

« prendre l'administration de ses biens et de donner valablement quittance d'une partie de ses reprises ne peut émaner que du jugement qui prononce la séparation de biens ; que jusqu'à cette décision le mari conserve les droits résultant du mariage. » Ces raisons ne sont pas absolument concluantes ; il est très-vrai que la rétroactivité n'atteint pas les droits résultant du mariage ; mais le pouvoir du mari sur la dot résulte non du mariage, mais de l'adoption expresse ou tacite d'un certain régime matrimonial ; or, en règle générale, les droits résultant du régime matrimonial tombent sous le coup de la rétroactivité. La formule par laquelle la Cour de Grenoble tâche de définir les effets de la rétroactivité viendrait bien plutôt à l'appui du système contraire ; il suffit de l'analyser : « l'effet du jugement remonte au jour de la demande *quant aux droits et intérêts de la dot* » ; en ce qui concerne « *les intérêts* » pas de difficulté : la Cour veut dire que les intérêts de la dot courent du jour de la demande ; mais « *les droits de la dot* ? » il n'y a pas d'expression plus vague et plus générale ; le droit du mari sur la dot rentre parmi les droits de la dot ; il cesserait donc par l'effet de la demande. Enfin, il ne s'agit pas de savoir, comme semble penser la Cour de Grenoble, si avant le jugement la femme peut donner une quittance valable et définitive de ses reprises ; mais de savoir si, la séparation prononcée, le payement sera rétroactivement validé. Il n'est pas douteux que, si la demande est rejetée, le paiement ne soit nul ; mais pourquoi la situation du mari serait-elle pire que celle d'un débiteur ordinaire qui, payant avant l'échéance de la condition, se trouve avoir payé valablement lorsque la condition se réalise ?

Aussi, M. Laurent (XXII, n° 344), tout en approuvant la décision de la Cour de Grenoble, donne d'autres motifs : « Si le jugement qui prononce la séparation rétroagit,

« c'est par une fiction. Il faut voir quel est l'objet de cette
« fiction et quelles en sont les limites. Le législateur a
« voulu garantir les droits de la femme contre les dissipa-
« tions du mari ; pour cela il suffit que le mari ne
« puisse plus disposer de la communauté et que la femme
« ait la faculté de faire des actes conservatoires sur les
« biens de son mari. Ces garanties elle les a. Il n'est pas
« nécessaire que les reprises de la femme soient liquidées
« et payées avant le jugement..... Il suit de là que ces
« paiements ne sont valables que jusqu'à concurrence de
« ce dont la femme a profité (1) ».

En matière de divorce, nous trancherons la question dans le même sens, en raisonnant de la même façon : Quel est l'objet de la fiction établie par l'article 252 ? C'est « d'enlever aux époux la faculté de modifier, en ce qui les « concerne, le patrimoine de la communauté, en avançant « ou retardant, suivant certaines combinaisons, le moment « où la décision des juges sera définitive » (Trav. prép. loc. cit.). Est-ce qu'en déclarant nul le paiement des reprises, on accorde aux époux cette faculté ? Est-ce qu'en mettant de côté dans cette hypothèse l'effet rétroactif du divorce, on donne aux époux un intérêt quelconque à avancer ou retarder le moment où la décision des juges sera définitive ? Appliquer ici l'article 252, ce serait dépasser les limites de la fiction. En conséquence, le paiement des reprises fait au cours de l'instance devra être traité comme s'il avait été fait avant la dissolution de la communauté.

La question de la validité ou de la nullité du paiement des reprises pendant l'instance ne se pose, au moins en matière de divorce ou de séparation de corps, que dans les rapports des époux entre eux ; il est bien certain qu'à

) En ce sens également Aubry et Rau, t. V, § 516, note 53.

l'égard des tiers le paiement des reprises serait nul puisque pour eux la communauté n'est pas encore dissoute ; ainsi les tiers créanciers de la femme pourront, quel que soit le système que l'on adopte, contraindre le mari à un second paiement afin de faire valoir leurs droits sur le montant des sommes dues à leur débitrice. On voit donc à quels risques est exposé le mari, même dans l'opinion la plus favorable, s'il consent à la femme des remises d'effets ou de valeurs au cours de l'instance ; le paiement qu'il ferait ne serait d'abord pas libératoire même à l'égard de la femme si le divorce n'était pas prononcé, et, si le divorce était prononcé, il ne le serait pas à l'égard des tiers créanciers de la femme. Pour nous, quel que soit l'événement du procès et à quelque point de vue qu'on se place, il y aura toujours nullité. Le mari devra donc s'abstenir de tout paiement total ou partiel des reprises.

Les principes que nous venons d'exposer subissent exception, lorsque la remise à la femme de ses effets, de son mobilier, de certaines valeurs ou de certaines sommes aura eu lieu en vertu d'une ordonnance du juge. Le juge peut autoriser la remise des effets personnels (article 238), mettre la femme en possession de certains de ses biens propres ou même de certains biens de la communauté, (article 242), a en un mot toute liberté pour prescrire à titre conservatoire des mesures qui constitueront pour la femme un paiement partiel et anticipé de ses reprises. Lorsque le juge statue dans la limite des pouvoirs que la loi lui confère, les actes accomplis en vertu de ses décisions sont certainement valables ; le mari qui a payé en exécution d'une ordonnance du juge sera définitivement libéré et la femme ne serait pas recevable à prétendre qu'elle a dissipé les effets ou valeurs qui lui ont été confiés pour réclamer un second paiement : les effets remis ou les sommes versées par le mari devront être précomptés sur les reprises de la femme ou sur sa part dans la communauté.

Si le divorce n'est pas prononcé et que la femme soit tenue de restituer au mari ce qu'elle a reçu, à l'avenir le mari ne deviendra comptable envers la femme que de ce qu'il aura réellement recouvré. Enfin les créanciers ne seront pas admis à considérer comme non avenue à leur égard les paiements ou remises autorisés par le juge. Tous les dangers que présentent les arrangements amiables seront donc évités grâce à l'intervention de la justice.

On devra suivre les mêmes règles en ce qui concerne les paiements faits à la femme par des tiers ses débiteurs cf. Aubry et Rau V. § 515 n° 5. Il n'est pas douteux, en matière de divorce surtout, que les paiements faits par des tiers sans formalités judiciaires ne soient nuls, quand même le divorce serait ultérieurement prononcé, puisque les tiers ne peuvent se prévaloir de l'effet rétroactif du divorce. Mais si le juge à titre de mesure conservatoire et dans l'intérêt de la femme a autorisé celle-ci à recevoir le paiement des sommes qui lui sont dues, les paiements faits entre les mains de la femme seront libératoires.

Les considérations que nous avons fait valoir pour décider que le paiement anticipé des reprises n'est pas rétroactivement validé par le jugement de divorce entraînent la solution d'une question connexe.

Avant la transcription, le mari cède des biens à lui propres à sa femme en paiement de ses droits. En règle générale la vente entre époux est prohibée; la cession sera-t-elle validée par suite de la rétroactivité du divorce? Non, la cession sera nulle à un double point de vue et comme vente et comme paiement: comme vente, parce que la prohibition de la vente est attachée à la qualité d'époux, et que la qualité d'époux subsistant, sans être atteinte par l'effet rétroactif, la prohibition subsistera également; comme paiement, parce que, ainsi que nous l'avons démontré, le paiement des reprises ne peut avoir lieu pendant

l'instance ; le paiement étant nul, la dation en paiement le sera également. Enfin, il est clair, qu'à la supposer valable entre époux, la cession n'aurait pas d'effet vis-à-vis des tiers, puisque l'effet rétroactif du divorce ne peut leur être opposé.

On tirera encore argument en ce sens de la jurisprudence qui a prévalu en matière de séparation de biens ; la difficulté se présente d'une manière un peu différente, mais les principes sont les mêmes. Malgré la séparation de biens la vente entre époux reste interdite ; exceptionnellement elle est permise lorsque l'un des époux cède des biens à l'autre séparé judiciairement d'avec lui en paiement de ses droits (article 1595, 1^o). La cession peut-elle se faire pendant l'instance ? un arrêt de la Cour de Bourges en date du 17 avril 1867 (1) avait admis qu'en vertu de l'article 1445 Code civil la cession consentie en paiement des reprises, de conditionnelle qu'elle était d'abord, devenait ferme et définitive du jour où la séparation de biens avait été prononcée. Mais cette doctrine a été repoussée par un autre arrêt de la Cour de Bourges du 25 janvier 1871 et par un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 1^{er} juillet 1873 (2) : la Cour de cassation donne pour motif « que l'article 1445 Code civil en « disposant que le jugement qui prononce la séparation « de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande, a eu en vue de conserver à la femme les droits « qui peuvent lui échoir pendant l'instance en séparation, « mais qu'il n'a pas entendu autoriser une exécution préventive et volontaire de la demande en séparation. » C'est également l'esprit de l'article 252 qui établit la rétroactivité du jugement de divorce.

(1) Sirey. 1867. 2. 233.

(2) Sirey. 1871. 2. 9 — 1873. 1. 320.

§ 2.

**Régime sans communauté et régime de séparation
de biens.**

Il n'y a pas sous ces deux régimes de principes nouveaux à poser. Sous le régime sans communauté le mari a sur les biens de la femme les mêmes droits que, sous le régime de communauté, la communauté possède sur les propres de la femme ; on appliquera donc les mêmes règles. En conséquence on décidera que pendant l'instance le mari conservera ses pouvoirs d'administrateur responsable, sous réserve des mesures qui peuvent être édictées en vertu de l'article 242 Code civil ; mais à partir de la demande le mari perdra son droit de jouissance et deviendra comptable de tous les fruits et revenus qu'il aura perçus ou touchés depuis cette époque. Pour les tiers tout se passera comme si le régime matrimonial n'était pas encore dissous.

Si les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens, le principe de la rétroactivité du jugement de divorce n'aura que peu d'applications. Remarquons seulement que les dispositions du contrat de mariage qui fixent la part contributoire de chaque époux aux charges du mariage, et celles de l'article 1537 qui, à défaut de convention expresse, fixent cette contribution pour la femme au tiers de ses revenus, cesseront d'avoir effet du jour de la demande ; à dater de ce jour le contrat de mariage est anéanti et le régime dissous ; les époux seront soumis aux seules obligations qui naissent du mariage, et ces obligations consistent pour chaque époux à fournir une contribution proportionnelle à ses facultés. A tous autres points de vue la séparation des intérêts des époux étant complète

et absolue, la rétroactivité du jugement de divorce ne pourra produire de séparation plus complète et plus absolue.

Si de fait le mari a la jouissance des biens de la femme et que malgré la demande en divorce il l'ait conservée sans opposition, il ne sera tenu qu'à la représentation des fruits existants « *lors de la dissolution du mariage* » (article 1539), c'est-à-dire lors de la transcription ; car il est censé avoir employé dans un intérêt commun les fruits consommés jusque-là ; si la femme avait voulu rendre le mari comptable de tous les fruits par lui perçus du jour de la demande, il ne dépendait que d'elle de détruire cette présomption et de mettre fin à la jouissance du mari par une simple manifestation de volonté ; c'était assez de cette faculté pour rendre inutiles toutes les combinaisons auxquelles le mari aurait pu avoir recours pour retarder la décision des juges et le moment où elle deviendrait définitive, afin de reculer le point de départ du compte à rendre ; il n'y a pas de raison de rendre le mari comptable des fruits à dater de la demande, puisque la rétroactivité du jugement de divorce n'a d'autre objet que de supprimer les calculs dont nous venons de parler, et que la faculté laissée à la femme suffit pour y mettre obstacle.

§ 3

Régime dotal.

Le régime dotal est réputé dissous du jour de la demande ; mais cette dissolution n'opère qu'entre époux ; à l'égard des tiers le régime subsiste ; c'est la conséquence du double principe contenu dans l'article 252 in fine.

Il résulte de là que si la femme s'est constituée en dot ses biens à venir, les biens qui lui seront échus pendant l'instance seront dotaux pour les tiers, non dotaux pour le mari. Les créanciers qui ont la qualité de tiers, c'est-à-dire, suivant notre définition, ceux dont les droits sont nés avant la transcription, ne pourront à aucune époque diriger sur ces biens leurs poursuites; l'aliénation que la femme, même dûment autorisée, aurait faite de ces biens au cours de l'instance devra être traitée comme l'aliénation d'un bien dotal. Au contraire pour le mari les biens recueillis par la femme depuis la demande ne seront pas dotaux, et, si le mari se trouve créancier de sa femme, il pourra faire saisir et vendre ces biens comme ceux acquis par la femme après la dissolution du mariage.

Pendant l'instance l'administration des biens dotaux appartiendra au mari, pour les mêmes motifs que sous le régime de communauté le mari garde l'administration des propres de la femme. Mais le mari ne sera plus qu'un administrateur ordinaire et cessera d'avoir sur la dot les pouvoirs presque illimités qui lui appartenaient auparavant comme « *dominus dotis* » ; le droit d'administration du mari ne dérive plus maintenant des conventions matrimoniales, mais de la loi qui, pour satisfaire à une nécessité pratique, laisse au mari l'administration des biens dotaux dont il se trouve en possession et n'autorise le juge à la lui enlever qu'à titre de mesure conservatoire (art. 242). L'ancien pouvoir d'administration du mari disparaît par suite de la rétroactivité ; le mari administre en vertu d'un nouveau titre, comme administrateur légal, et n'aura que les pouvoirs ordinaires qui appartiennent à l'administrateur de la chose d'autrui. Il engagera donc sa responsabilité vis-à-vis de la femme, s'il exerce sans son avis les actions péti-toires immobilières intéressant les biens dotaux, s'il procède arbitrairement à la vente de meubles dotaux, etc. ;

car ce ne sont pas d'ordinaire de simples actes d'administration. A l'égard des tiers, bien entendu, ces limitations n'existeront pas et le mari conservera les mêmes pouvoirs que par le passé.

L'article 242, applicable à la femme dotale comme à la femme commune, donne au juge, sur la demande de la femme, la faculté de modifier ou même de supprimer entièrement les pouvoirs d'administration du mari et de confier l'administration des biens dotaux à qui bon lui semblera, à la femme elle-même ou à un tiers ; nous renvoyons aux explications que nous avons données à propos de l'article 242 sous le régime de la communauté (p. 167).

Nous déciderons de même et pour des raisons semblables la question de savoir si le mari administrateur a droit à un salaire à raison de son administration pendant l'insistance (p. 166, note 1).

Sous le régime dotal le mari supporte seul les charges du mariage ; ce n'est pas là le droit commun ; suivant le droit commun les charges du mariage doivent être supportées proportionnellement par chaque époux en raison de ses facultés ; s'il en est autrement sous le régime dotal, c'est par suite des conventions matrimoniales, en vertu d'un forfait ; la dot est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage (art. 1540) ; moyennant cet apport le mari prend à son compte toutes les charges et la femme est désormais dispensée de toute contribution. Mais lorsque le régime est dissous, le droit commun reprend son empire ; or en cas de divorce la demande opère dissolution du régime ; donc à partir de cette date la femme doit comme le mari contribuer aux charges du ménage et si le mari a fait toutes les dépenses il aura un recours contre la femme.

Mais si le mari cesse de supporter seul les charges du ménage, il n'aura plus en revanche la jouissance de la

dot. La femme a droit aux fruits et aux intérêts de la dot à partir du jour de la demande.

En ce qui concerne les fruits et intérêts des biens ou valeurs composant la dot on raisonnera comme précédemment sous le régime de la communauté ; le régime matrimonial étant dissous, la femme rentre dans le plein exercice de sa propriété ; or les intérêts et les fruits appartiennent au propriétaire ; si de fait le mari a continué à les percevoir après la demande, il en devra faire la restitution, comme il y serait tenu si, en cas de dissolution du régime dotal pour tout autre cause, il percevait les revenus de la femme, alors qu'il n'y a plus de dotalité. On tiendra seulement compte de la règle d'équité posée dans l'article 1571 qui pour la répartition des fruits de la dernière année assimile les fruits naturels aux fruits civils. Quant aux intérêts de la dot en argent, le mari les devra également du jour de la demande, non à titre d'intérêts moratoires, mais parce qu'à dater de la demande les capitaux dotaux se trouvent sans cause entre ses mains ; le mari n'a droit aux intérêts de la dot sous le régime dotal que parce qu'il s'est obligé à supporter seul les charges du ménage ; sa jouissance ne doit durer qu'autant qu'il restera soumis à cette obligation ; or à partir de la demande les conventions matrimoniales sont rompues : la femme doit fournir sa contribution aux dépenses communes ; le mari s'enrichirait injustement aux dépens de la femme s'il continuait à avoir la jouissance sans en avoir les charges : il détient indûment les capitaux dotaux : il doit donc restituer tout le profit qu'il a dû en retirer. Remarquons en outre que le mari ne serait pas reçu à prétendre que les capitaux dotaux n'ont pas produit d'intérêts : le mari pendant l'instance m'administre plus comme « *dominus dotis* » ; il administre en bon père de famille et comme mandataire de la femme ; il ne peut alléguer comme dé-

fense un manquement à ses devoirs; car administrant en bon père de famille il a le devoir de placer les capitaux dotaux à intérêts, et comme mandataire il a le devoir de rendre compte de ces intérêts à la femme. Mais par compensation le mari ne sera comptable que des intérêts qu'il a pu percevoir, et si par exemple il s'est trouvé obligé de consigner les capitaux dotaux, la femme n'aura droit qu'aux intérêts produits par cette consignation (Trib. de la Seine, 21 déc. 1888. le Droit, 31 déc. 88 — 1^{er} janv. 89).

Ces solutions ont été attaquées avec plus de force encore sous le régime dotal que sous le régime de la communauté. Les arguments que l'on met en avant appartiennent à deux ordres d'idées fort différents. D'après un arrêt de la Cour de Cassation en date du 28 mars 1848 (1), rendu en matière de séparation de biens, les intérêts de la dot constituée en argent ne courent pas du jour de la demande et pour les motifs que voici : « Attendu, dit l'arrêt, que les intérêts ne sont accordés au créancier qu'à raison du retard (art. 1153), excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit, et que la dot ne produit intérêt de plein droit que contre celui qui l'a constituée (art. 1440 et 1548) ou à compter de la dissolution du mariage *par décès* (art. 1570)... Attendu dès lors qu'en ne faisant courir les intérêts que *du jour du jugement de séparation*, la Cour d'appel de Riom a fait une juste application des principes, sans violer l'article 1445 Code civil ». Relevons tout d'abord une contradiction flagrante : si les intérêts de la dot ne courent de plein droit qu'à compter de la dissolution du mariage *par décès*, ils ne pourront pas courir même en vertu du jugement de séparation : il faut en revenir à la règle de l'article 1153 et exiger une demande formelle. Mais la Cour de Cassation n'osait aller jusque là ; elle se serait

(1) Sirey, 1848. 1. 354

heurtée à la tradition dont l'autorité est grande dans une matière toute traditionnelle : or si anciennement, ainsi que nous l'apprend Tessier (1), la question de savoir si les intérêts de la dot étaient dus à la femme du jour de la sentence de séparation ou du jour de la demande en séparation était une question controversée, personne n'avait jamais soutenu que ces intérêts n'étaient dus que comme intérêts moratoires après une demande en justice. Il y avait encore un autre motif qui devait faire reculer la Cour de Cassation devant l'application rigoureuse de cet article 1570, que cependant elle invoquait. L'article 1570, employant une expression quelque peu impropre, fait *courir de plein droit les fruits de la dot* en cas de décès, comme elle fait courir les intérêts ; il y a assimilation complète ; si les intérêts sont dus à titre d'intérêts moratoires, il faut dire également que la restitution des fruits est imposée comme peine du retard et que, hors le cas de décès, cette restitution n'est due qu'en vertu d'une mise en demeure : on se met alors en contradiction avec l'article 1549 qui n'accorde au mari le droit de percevoir les fruits que pendant le mariage c'est-à-dire pendant la durée du régime, d'où il résulte que le régime étant dissous la jouissance du mari cesse immédiatement : la femme est propriétaire : les fruits lui appartiennent ; et le mari qui les a perçus sans droit en est comptable indépendamment de toute demande en justice. La vérité c'est que le paiement des intérêts de la dot, pas plus que la restitution des fruits, n'est dû comme peine d'un retard quelconque, et c'est à ce point de vue que l'assimilation établie par l'article 1570 se trouve parfaitement justifiée ; les intérêts de la dot en argent comme les revenus des biens dotaux sont la représentation d'une jouissance à laquelle le mari n'a plus aucun droit. Les

(1) De la dot. t. II, n° 439, note 4062.

intérêts de la dot n'étant pas des intérêts moratoires, l'article 1570 ne constitue pas une exception à l'article 1153; rien n'empêche alors de regarder l'article 1570 comme simplement démonstratif et de considérer la solution qu'il donne pour le cas de dissolution du mariage par décès comme également applicable par identité de motifs à tout autre mode de dissolution du régime dotal.

Troplong (t. II, n° 1384) présente un autre argument encore moins spécieux : « En attendant le jugement de « séparation (ou de divorce), dit-il, le mari doit supporter « les charges du mariage. Or, les intérêts (1) de la dot ont « précisément pour but de soutenir ces charges communes. « Il faut donc que le mari en jouisse ». Ainsi que le fait remarquer Laurent (XXII, n° 342), cet argument ne signifie rien. Sans doute, les intérêts appartiennent au mari pour supporter les charges du mariage; mais la difficulté consiste à savoir si la rétroactivité du jugement ne doit pas mettre les époux dans la situation où ils seraient, si réellement le régime matrimonial avait été dissous le jour de la demande en séparation. Nous avons démontré que tel est bien le sens du principe de la rétroactivité et qu'à partir de la demande les charges doivent être supportées proportionnellement par chaque époux (2).

Mais l'effet rétroactif n'étant pas opposable aux tiers, les créanciers du mari qui ont la qualité de tiers continueront à avoir sur les fruits et intérêts de la dot les mêmes

(1) Il faut entendre par là non seulement les intérêts de la dot constituée en argent, mais les fruits et revenus de tous les biens dotaux.

(2) Tessier. De la dot II, n° 128, reproduit le tempérament d'équité proposé par Pothier, sous le régime de la communauté; il compense les intérêts de la dot avec les aliments fournis à la femme pendant l'instance; le mari ne devra les intérêts du jour de la demande que s'il a cessé de pourvoir à l'entretien de la femme. Nous répondrons à Tessier, comme nous avons fait à Pothier, que si la femme a droit aux intérêts et aux fruits, il faut les lui allouer, sauf à lui porter en compte ce qu'elle doit à raison de sa part contributoire dans les charges.

droits qu'avant la demande, et la femme ne pourra se faire payer à leur préjudice des intérêts de la dot courus pendant l'instance, cf., p. 150.

De même à l'égard des tiers l'inaliénabilité de la dot subsiste même après la demande, et les obligations contractées par la femme envers les tiers avant la transcription ne seront pas susceptibles d'être exécutées sur ses biens dotaux : la restriction apportée par la loi à l'effet rétroactif du divorce en ce qui concerne les tiers a tout aussi bien pour cause l'intérêt des époux que l'intérêt des tiers eux-mêmes.

Mais si c'est envers le mari que la femme s'est obligée avant la transcription, elle sera tenue sur ses biens dotaux ; car dans les rapports respectifs des époux toutes les conséquences du régime dotal cessent à partir du jour de la demande. Il y a à cet égard une différence entre la rétroactivité du divorce et la rétroactivité de la séparation de corps ; la séparation laisse subsister la dotalité, la rétroactivité de ses effets ne saurait donc y porter atteinte. On se fait une fausse idée de la rétroactivité du divorce en considérant la demande comme opérant une sorte de séparation et en assimilant la condition des époux pendant l'instance à la condition d'époux séparés : l'analogie n'est pas fondée, parce qu'entre la séparation et le divorce il y a cette nuance que la séparation dissout le régime antérieur en lui substituant un régime nouveau et que le divorce emporte dissolution du régime matrimonial sans le remplacer par aucun autre : on conçoit donc que par suite de l'effet rétroactif, en cas de séparation, la substitution s'opère du jour de la demande ; au contraire, en cas de divorce, aucune substitution ne se produisant, tout régime matrimonial cesse, à partir de la demande d'exister entre les époux.

La rétroactivité du divorce ne rendra pas cependant va-

lable la vente ou la dation en paiement d'un bien dotal consentie par la femme au mari ; parce qu'indépendamment de tout régime matrimonial la vente est interdite entre époux, et que la qualité d'époux subsiste malgré la demande.

Jusqu'à la transcription l'immeuble dotal restera imprescriptible tant à l'égard du mari qu'à l'égard des tiers ; à l'égard des tiers comme dotal, puisque les tiers ne peuvent invoquer l'effet rétroactif du divorce ; à l'égard du mari, parce que la prescription ne court pas entre époux.

La restitution de la dot donne lieu à quelques difficultés.

Quand cette restitution peut-elle avoir lieu ? La rétroactivité du divorce aurait-elle pour effet de valider une restitution qui serait faite au cours de l'instance ? Nous renvoyons à ce que nous avons dit au sujet du paiement anticipé des reprises sous le régime de la communauté ; et nous déciderons de même que le mari n'est libéré par un remboursement total ou partiel de la dot que jusqu'à concurrence de ce dont la femme a profité.

D'après l'article 1565, lorsque la dot consiste en une somme d'argent ou en meubles estimés par le contrat de mariage, le mari jouit d'un délai d'un an pour en opérer la restitution. Le point de départ de ce délai est-il le jour de la demande ? A notre avis, le délai ne doit courir qu'à partir de la transcription. Nous ne prévaudrons pas en ce sens des termes de l'article 1565 qui dispose que la restitution ne peut être exigée qu'un an après « *la dissolution du mariage* » et nous ne dirons pas que, la demande n'opérant que dissolution du régime matrimonial et non dissolution du mariage même, le jour de la demande ne saurait être le point de départ du délai accordé par la loi. On répondrait avec raison que l'article 1565 ne doit pas être entendu à la lettre ; sinon, il faudrait admettre que, dans

l'hypothèse d'une séparation de biens ou de corps, le délai ne courrait même pas à partir de la séparation prononcée, puisque que la séparation n'opère pas dissolution du mariage, et que la dot en argent ne pourrait être réclamée qu'un an à partir du décès ou du divorce de l'un des époux, ce qui serait absurde ; dans l'article 1565 « dissolution du mariage » doit être compris comme s'il y avait « dissolution du régime matrimonial » ; le législateur s'est placé dans l'hypothèse la plus ordinaire, celle où la dissolution du mariage et celle du régime matrimonial se produisent d'une façon concomitante, par suite du décès de l'un des conjoints ; la difficulté reste donc entière. La conséquence naturelle du principe de la rétroactivité serait de faire courir le délai du jour de la demande, puisque c'est le jour de la dissolution du régime ; c'est à partir de cette époque que la restitution de la dot est due à la femme, puisque, en ce qui concerne les intérêts et les fruits, on considère même cette restitution comme déjà opérée. Nous pensons néanmoins que, dans l'espèce, l'application du principe de la rétroactivité doit être écartée à raison même du motif qui a fait établir l'article 1565. Pourquoi la loi accorde-t-elle au mari un délai d'un an pour opérer la restitution de la dot en argent ? c'est que le mari est censé n'avoir pas sous la main l'argent dotal ; il l'a probablement placé pour le faire valoir ; un délai raisonnable doit donc lui être accordé afin d'opérer ses recouvrements. Peut-on admettre que la simple possibilité d'un divorce suffira pour obliger le mari, dès le jour de la demande, à prendre ses mesures en vue de la restitution de la dot ? Rien n'est plus incertain que l'issue d'une demande en divorce ; la décision des juges est toujours douteuse ; l'instance peut être éteinte soit par une réconciliation, soit par le décès de l'une des parties. Le mari ne sait pas si le divorce sera prononcé, il sait encore moins quand il sera

prononcé ; va-t-on exiger qu'en de pareilles circonstances le mari soit tenu de retirer ses capitaux, de s'abstenir de tout placement nouveau, au risque de conserver longtemps entre ses mains des sommes improductives, si le procès traîne en longueur ou si la demande est repoussée ?

Le point de départ du délai de l'article 1565 est donc le jour de la transcription.

Cette solution ne fait pas obstacle au pouvoir discrétionnaire que le juge possède en vertu de l'article 242 à l'effet d'ordonner toute mesure conservatoire qu'il jugera utile ; malgré le délai dont jouit le mari, le juge pourrait ordonner la consignation de sommes provenant du remboursement d'une créance dotale, obliger le mari à opérer le dépôt de deniers dotaux, etc., etc. : la conservation de la dot doit passer avant tout.

D'après l'article 1569, la dot est présumée avoir été payée si le mariage a duré dix ans depuis l'échéance des termes pris pour le paiement de la dot. Que décider si les dix ans viennent à expirer après la demande, mais avant la transcription ? Nous ne pensons pas qu'ici, pas plus que dans l'article 1565, on puisse tirer argument des mots « dissolution du mariage » et prétendre que, le mariage n'étant pas dissous par la demande, le délai de dix ans peut courir utilement pendant l'instance ; car alors il faudrait dire qu'après un jugement de séparation de biens ou de corps, le mariage subsistant encore, la présomption est toujours applicable, ce qui est insoutenable, puisqu'à la suite de la séparation le mari perd le droit d'exercer les actions dotales, et ne peut plus valablement recevoir le paiement de la dot. En règle générale, la présomption cesse lorsque le régime matrimonial est dissous.

Doit-on penser alors que la présomption n'est pas acquise si les dix ans ne sont pas accomplis avant la demande puisque, à raison de l'effet rétroactif du divorce, la de-

mande opère dissolution du régime ? Ce n'est pas notre avis ; il ne faut pas oublier, d'une part, sur quel motif repose l'article 1569, et d'autre part que, malgré l'effet rétroactif du divorce, le mari, administrateur de la dot, reste chargé des responsabilités que cette qualité lui impose. L'article 1569 est fondé sur une présomption de négligence ; il est probable que le mari a touché la dot, et s'il ne l'a pas fait, il a commis une faute dont il doit subir les suites. Or, pendant l'instance, le mari, demeurant administrateur, continue à être responsable de toutes pertes et prescriptions résultant de son défaut de diligence ; il avait le devoir d'encaisser la dot ; seul il avait le droit d'en poursuivre le recouvrement contre les tiers ; s'il ne l'a pas fait, la femme doit être recevable à lui reprocher son inaction et à lui opposer la présomption de l'article 1569, alors même que les dix années ne se seraient accomplies qu'au cours de l'instance ?

Les fruits et intérêts de la dot sont dus à la femme du jour de la demande, ainsi que nous l'avons démontré plus haut ; mais la dette des fruits reçoit l'application de l'article 1571, relatif au partage des fruits de la dernière année. De même que les articles 1564 et 1569, cet article n'est textuellement applicable que lorsque l'événement qui donne lieu au partage est la dissolution du mariage ; or la demande ne produit pas dissolution du mariage, mais seulement dissolution du régime matrimonial. Mais comme l'article 1571 n'est que la conséquence rigoureuse du principe d'après lequel le mari n'a de droit aux fruits et intérêts qu'à raison des charges qu'il doit supporter, on ne doit pas hésiter à l'appliquer à tout événement qui met fin aux obligations du mari ; cela est admis sans difficulté en cas de séparation de corps ou de biens (Proudhon. Usufruit, t. V n° 2696. Rodière et Pont, t. II n° 860, Troplong, t. IV n° 3678.

Les effets d'un partage de fruits effectué dans ces conditions ne seraient pas opposables aux tiers ; car pour les tiers le mari continue toujours malgré la demande à gagner les fruits de la dot jusqu'à la transcription. On devra donc prendre pour base d'opérations l'époque de la transcription, et non celle de la demande, pour fixer les droits respectifs des tiers créanciers du mari et créanciers de la femme sur les fruits de la dernière année ; c'est en tenant compte de ce changement qu'on fera l'application de l'article 1571.

En ce qui concerne ses biens paraphernaux la situation de la femme dotale est celle d'une femme séparée de biens. Nous renvoyons à ce que nous avons dit sur le régime de séparation de biens.

Nous avons achevé de passer en revue les effets du divorce qui remontent au jour de la demande ; voyons maintenant ceux qui ont pour point de départ le jour de la transcription.

CHAPITRE II

EFFETS QUI ONT POUR POINT DE DÉPART LE JOUR DE LA TRANSCRIPTION DU JUGEMENT DE DIVORCE

La demande en divorce laissant subsister la qualité d'époux, les droits et les devoirs dérivant de cette qualité ne prennent fin qu'à partir de la transcription. L'autorité du juge peut sans doute opérer un relâchement provisoire du lien conjugal, en dispensant les époux pendant l'instance du devoir d'habitation commune ; mais si en fait les rapports conjugaux ont cessé du jour où les conjoints ont été autorisés à vivre séparément, ce ne sont pas en somme ces rapports seuls qui constituent l'état de mariage.

Les époux restent donc tenus pendant l'instance de se fournir réciproquement des aliments ; cette obligation subsiste jusqu'au moment où le lien conjugal est définitivement rompu. L'époux qui pendant l'instance a servi une pension alimentaire à son conjoint peut-il la répéter ou l'imputer sur les reprises ? MM. Vraye et Gode (le Divorce, t. II, p. 100) sont beaucoup trop absolus en décidant sans distinction que la provision alimentaire servie pendant le procès constitue toujours une avance dont le remboursement ou la récompense est due par celui qui en a profité ; ils se fondent sur l'effet rétroactif du divorce quant aux droits pécuniaires des époux. Nous rejetons la conséquence, refusant d'admettre le principe. Nous avons démontré en effet, par l'étude des motifs de la loi, qu'il était inexact de poser en thèse générale que le jugement de divorce remonte au jour de la demande quant au règlement des droits pécu-

niaires des époux ; la formule qui résulte des travaux préparatoires et des origines de la loi est beaucoup plus restrictive ; elle ne comprend pas tous les droits pécuniaires, mais seulement les droits pécuniaires dérivant du régime matrimonial. La nuance est sensible, et dans l'espèce on en saisit l'importance ; le droit aux aliments est un droit pécuniaire, mais ce n'est pas un droit résultant des conventions matrimoniales ; la règle de l'article 252 lui est donc étrangère. Ce résultat est du reste fort naturel ; l'obligation alimentaire, conséquence nécessaire du mariage, doit durer autant que celui-ci ; il serait même singulier qu'il en fût autrement ; si le droit aux aliments est un droit pécuniaire dans ses effets, c'est dans sa cause un droit moral, qui est attaché à l'état d'époux ; c'est pourquoi l'article 252 ne peut pas le concerner. Cette dernière observation est applicable à tous les autres droits pécuniaires qui sont indépendants du régime matrimonial adopté par les époux ; ce sont des droits dont l'origine n'est pas purement pécuniaire, qui dérivent de la qualité d'époux et qui, par suite, doivent durer aussi longtemps que cette qualité subsiste.

Il faut donc au contraire poser en principe que les provisions alimentaires servies pendant l'instance n'ont pas le caractère d'avances sujettes à remboursement ; celui qui a reçu des aliments n'est jamais tenu à restitution, car celui qui les a fournis a payé ce qu'il devait ; les aliments sont une dette et celui à qui ils ont été fournis n'a reçu que son dû.

Mais c'est là une règle qu'il ne faudrait pas appliquer sans discernement. Les provisions alimentaires ordonnées par justice, au cours d'une instance en divorce, ne sont pas toutes à proprement parler des pensions alimentaires, calculées, conformément à l'article 208, dans la proportion du besoin de ceux qui les réclament et de la fortune de

ceux qui les doivent. Il peut arriver que la femme ait droit à une provision alimentaire, bien qu'elle ait une fortune considérable, parce que c'est le mari qui touche tous ses revenus ; dans ce cas, la pension servie à la femme n'est que la représentation des revenus perçus par le mari ; il serait injuste que celui-ci fût obligé de restituer intégralement à la femme tous les fruits et intérêts de la dot depuis la demande, alors que la femme en a déjà reçu l'équivalent sous forme de provision alimentaire ; en pareille circonstance le mari sera en droit d'imputer sur le montant des reprises les sommes par lui payées.

Le tribunal de la Seine dans un jugement du 21 décembre 1888 (le Droit, 31 décembre 1888 — 1^{er} janvier 1889), a fait une exacte application de ces principes. Reconnaisant que le caractère de la provision alimentaire est nécessairement variable suivant les circonstances, il en déduit que si, au début, lorsque la provision a été allouée, les éléments d'appréciation manquaient pour savoir si la situation de fortune respective des époux était telle qu'elle donnait à la femme le droit d'exiger des aliments au sens propre du mot, il appartient plus tard au tribunal de déterminer rétroactivement, d'après les résultats de la liquidation intervenue entre les époux, le véritable caractère, alimentaire ou provisionnel, de la pension par lui précédemment allouée, et de décider, eu égard aux facultés respectives des parties, que les sommes versées par le mari à titre de pension sont, en tout ou en partie, définitivement acquises par la femme, comme lui ayant été payées en exécution de l'obligation alimentaire, ou imputables sur le montant des reprises.

Quant à la provision *ad litem*, étant dépourvue de tout caractère alimentaire, ce n'est jamais qu'une avance restituable, sauf règlement des frais du procès.

Le devoir de fidélité subsiste jusqu'à la transcription.

Les faits, qui avant la demande auraient constitué le délit d'adultère ou le crime de bigamie, n'en auront pas moins un caractère punissable pour avoir été commis au cours de l'instance ou même après le jugement (1). La persistance de la qualité d'époux suffit pour justifier cette solution. On a ajouté d'autres raisons ; on a dit qu'à supposer le mariage même rétroactivement dissous du jour de la demande, cet effet ne se produisant qu'entre époux, le ministère public, qui est un tiers, n'en aurait pas moins le droit de poursuivre comme délictueux les faits dont nous venons de parler (2). Cet argument serait sans valeur à nos yeux ; il ne saurait y avoir de crime sans un coupable et il ne saurait y avoir de coupable si la personne qui a commis le fait incriminé se trouve rétroactivement affranchie du lien conjugal ; s'il n'y a pas de crime, le ministère public ne peut agir. Il y a plus dans l'hypothèse d'une poursuite pour adultère ; le Procureur de la République aurait d'autant moins qualité pour poursuivre la répression du prétendu délit qu'en matière d'adultère il n'a pas l'initiative de l'action ; il ne peut agir que sur la plainte du mari, et celui-ci ne serait pas recevable à se plaindre, si à son égard la dissolution du mariage rétroagissait au jour de la demande.

On donne encore pour motif qu'il y a quelque chose qui blesse la conscience publique à faire dépendre le caractère immoral d'un acte d'une circonstance tout à fait incertaine au moment où il est accompli et à décider après coup que cet acte a été illicite et délictueux ou simplement toléré, suivant que la demande en divorce aura ou n'aura pas réussi (3). Nous devons réfuter ce nouvel argument, bien

(1) En sens contraire, Limoges 26 novembre 1887. Jurisprudence du divorce, juin 1888, p. 174.

(2) M. Dramard, note sous l'arrêt ci-dessus, p. 183.

(3) M. Dramard, *ibid.*, p. 179.

que sur le fond de la question nous soyons d'accord avec son auteur. Il n'y aurait rien de singulier à voir dépendre d'une condition le caractère immoral et surtout le caractère délictueux d'un acte ; dans une matière qui présente avec la nôtre une grande analogie, en matière de nullité de mariage, un fait qui sera adultère ou bigamie, si le mariage est déclaré valable, échappe à toute répression, si le mariage vient à être déclaré nul ; la prétendue bigamie notamment devient un fait parfaitement moral et licite, puisqu'elle n'est pas autre chose qu'un mariage valable, lorsque la nullité du précédent mariage vient à être prononcée. La moralité, comme la criminalité d'un acte, peut donc se trouver subordonnée à un événement futur et incertain.

La soustraction frauduleuse commise avant la transcription par l'un des époux au préjudice de son conjoint ne donnera lieu qu'à des réparations civiles (art. 379 du Code pénal). Cette disposition a été établie dans l'intérêt de la paix du ménage, et bien qu'à la suite d'une demande en divorce le ménage soit profondément désuni jusqu'à la transcription, une réconciliation est toujours possible ; il ne faut pas y mettre obstacle en introduisant un nouveau sujet de discorde ; malgré le procès, les époux restent époux et se doivent toujours des ménagements.

La femme ne devient pas rétroactivement capable à partir de la demande ; si avant la transcription la femme contracte sans être autorisée, son obligation sera et restera frappée de nullité malgré la réalisation ultérieure du divorce ; il n'est pas permis à la femme d'escompter sa liberté. La raison en est que l'incapacité de la femme ne tient pas à l'adoption de tel ou tel régime matrimonial, mais est une conséquence du mariage lui-même. Il y a, de plus, un second motif : déclarer l'obligation rétroactivement validée, ce serait donner au divorce effet rétroac-

tif à l'égard des tiers, et ceux-ci ne peuvent pas plus profiter de la rétroactivité du divorce, s'ils y ont intérêt, qu'en souffrir quand elle leur est nuisible.

La femme restant frappée d'incapacité, malgré la demande, ne pourra pas davantage, avant la transcription, confirmer une obligation par elle précédemment contractée et nulle pour défaut d'autorisation ; la confirmation serait entachée du même vice que l'obligation elle-même. Au contraire, la confirmation faite par le mari avant la transcription du jugement serait valable et éteindrait aussi bien l'action en nullité du mari que l'action en nullité de la femme, sans donner à celle-ci aucun recours contre son mari, à moins de fraude ; le mari, en confirmant, agit comme mari, et non comme chef de la communauté ou comme maître de la dot, et ses droits comme mari ne sont pas atteints par la rétroactivité.

D'après l'article 228 du Code civil, la femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent. En prenant à la lettre l'article 252 du Code civil, on aurait pu dire que le divorce, c'est-à-dire la dissolution du mariage, remontant au jour de la demande, une fois le divorce prononcé, il aurait suffi que depuis la demande dix mois se fussent écoulés pour qu'un nouveau mariage fût permis. L'interprétation que nous avons donnée à l'article 252 doit nous faire rejeter cette solution ; la dissolution du mariage ne date pas du jour de la demande ; ce jour ne saurait donc être le point de départ du délai. La question n'est pas douteuse en présence de l'article 296 qui, reproduisant pour le cas spécial d'un divorce la règle générale de l'article 228 décide que la femme divorcée ne pourra se remarier que dix mois après que le divorce sera devenu définitif ; or le divorce ne devient définitif que par la transcription.

Les enfants nés ou conçus pendant le mariage sont couverts par la présomption de paternité ; et cette présomption ne peut être combattue que dans les conditions fort rigoureuses prescrites par la loi pour l'exercice de l'action en désaveu. Lorsque le mariage est dissous, la présomption cesse. L'enfant dont la conception est postérieure à la transcription n'a certainement pas besoin d'être désavoué ; sa légitimité peut être contestée dans les termes du droit commun par toute personne intéressée. L'enfant conçu dans l'intervalle de la demande à la transcription est-il couvert par la présomption de paternité ? Si l'on admettait que l'article 252 fait remonter au jour de la demande la dissolution du mariage, il faudrait dire que la prononciation du divorce détruit rétroactivement la présomption légale, et que si la conception est postérieure à la demande le désaveu n'est plus nécessaire. On ne pourrait prétendre écarter l'effet rétroactif sous le prétexte que l'enfant est un tiers et que la rétroactivité ne concerne pas les tiers ; il y aurait à répondre qu'il importe peu que l'enfant soit un tiers, parce que la présomption légale est la conséquence directe du devoir de fidélité ; or pour que le devoir de fidélité cesse, il suffit que le mariage soit dissous dans les rapports respectifs des époux ; et si l'on accorde que cet effet remonte au jour de la demande, le devoir de fidélité n'existant plus, on ne conçoit pas que la présomption de paternité lui survive. La conséquence, et par suite le principe dont elle découle, est expressément rejetée par l'article 313 Code civil ; il résulte de l'article 313, qu'alors même que la conception se place après la demande, le désaveu reste indispensable ; c'est dire que pendant la même période le devoir de fidélité subsiste et qu'il y a certains effets du mariage que la rétroactivité du divorce n'atteint point. Cette induction, dont la base est inébranlable puisqu'elle repose sur le texte même de la

loi, constitue un argument des plus solides parmi ceux qui viennent à l'appui de notre interprétation de l'article 253. V. ci-dessus p. 89.

Il faut observer toutefois que la loi tenant compte des circonstances, de l'hostilité qui règne entre les conjoints, de la cessation de la vie commune, considérant que la situation rend invraisemblable le commerce des époux, dispense le désaveu, une fois fait par le mari dans les délais et dans les formes voulus, d'aucune justification autre que celle de l'existence de l'instance en divorce au temps de la conception de l'enfant; c'est à la femme ou au tuteur de l'enfant, qui combattent l'action du mari, à prouver qu'il y a eu réunion de fait entre les époux pour faire rejeter le désaveu. Le point de départ de la période suspecte, pendant laquelle l'exercice du désaveu est ainsi facilité au profit du mari, est, non pas le jour de la demande, c'est-à-dire de l'assignation devant le tribunal, mais de la décision ayant autorisé la femme à avoir un domicile séparé; quant au terme de cette période la loi ne nous l'indique qu'imparfaitement. Il peut arriver que le divorce ne soit pas prononcé, par suite du rejet de la demande ou d'une réconciliation intervenue entre les époux (car même dans ce cas l'article 313 est applicable); dans cette hypothèse le terme de la période suspecte est le jour du rejet définitif de la demande ou de la réconciliation, à partir duquel la présomption de paternité reprend toute sa force. La loi ne s'explique pas sur l'hypothèse inverse; il est certain néanmoins que la présomption de paternité même affaiblie ne peut subsister plus longtemps que le mariage, et qu'elle prendra fin le jour où le lien conjugal sera rompu, c'est-à-dire le jour de la transcription; mais l'article 313 n'a pas pris la précaution de déterminer ce jour avec exactitude.

Les dispositions qui précèdent ne sont que l'extension

à la matière du divorce des innovations introduites par la loi du 6 décembre 1850 en matière de séparation de corps.

Aux termes de l'article 338 la reconnaissance faite par un conjoint pendant le mariage d'un enfant naturel, qu'il aurait eu avant son mariage d'un autre que de son époux, ne pourra nuire à celui-ci ni aux enfants nés de ce mariage. Si au contraire la reconnaissance est faite après la dissolution du mariage, elle produira les mêmes effets que si elle avait été faite avant le mariage. La reconnaissance faite entre le jour de la demande et celui de la transcription doit être traitée comme une reconnaissance faite pendant le mariage ; on ne saurait invoquer, pour lui donner plein effet, la rétroactivité du divorce ; en ce qui concerne les enfants issus du mariage, il n'y a pas même de question, car les enfants sont des tiers et la rétroactivité n'existe qu'entre époux ; quant au conjoint, l'application de l'article 252 doit de même être écartée, puisque la demande n'opère que dissolution du régime matrimonial sans opérer dissolution du mariage lui-même. La reconnaissance ne devant pas nuire à ce conjoint ne pourrait donc porter atteinte aux droits que celui-ci tiendrait de son contrat de mariage.

De même, à raison de la persistance du mariage jusqu'au jour de la transcription, la reconnaissance faite par le mari d'un enfant naturel dont la conception serait antérieure à la transcription, quoique postérieure à la demande, devrait incontestablement être déclarée nulle comme entachée d'adultérinité.

L'époux contre lequel le divorce est prononcé perd la jouissance légale des biens de ses enfants. (Art. 386 C. C.) Si le divorce est prononcé au profit du mari, celui-ci conservera l'usufruit légal ; dans ce cas il n'y aura rien de changé aux droits des enfants, à moins que le père ne

vienne à mourir avant que les enfants n'aient atteint l'âge de dix-huit ans ; alors l'usufruit ne passerait pas à la mère, il s'éteindrait au profit des enfants. Si au contraire le divorce est prononcé au profit de la mère, le père est déchu ; mais l'usufruit légal passe-t-il à la mère, ou au contraire est-il éteint purement et simplement ? La discussion de cette question n'appartient pas à notre sujet : nous avons seulement à nous demander à quel moment le père est privé de la jouissance légale. Le père sera-t-il tenu de restituer soit à la femme, soit aux enfants les fruits et intérêts qu'il a perçus depuis la demande ? Non : les enfants ne peuvent certainement rendre leur père comptable des fruits et intérêts depuis la demande ; car ils sont des tiers et l'article 252 n'a pas été écrit pour eux ; et quant à la femme, son droit, bien qu'étant un droit pécuniaire, n'est pas un de ceux auxquels s'applique l'effet rétroactif du divorce ; le droit à la jouissance légale n'est pas un droit que le mari tient des conventions matrimoniales et qui doit cesser avec elles : le mari a l'usufruit légal en sa qualité de mari et doit le conserver aussi longtemps que le mariage n'est point dissous, c'est-à-dire jusqu'à la transcription.

Le père, conservant pendant l'instance la jouissance légale, en devra supporter les charges pendant la même période. Si les époux étaient mariés sous le régime de la communauté, la communauté étant dissoute du jour de la demande, le produit de cette jouissance cesse désormais de tomber dans la communauté et le mari en a seul le bénéfice exclusif ; mais, par une juste réciprocité, les charges en incombent à lui seul.

La rétroactivité n'atteint pas les actes accomplis par le mari comme administrateur des biens de sa femme ; à plus forte raison ne saurait-elle avoir effet sur les actes du mari, administrateur légal des biens de ses enfants,

qui sont des tiers par rapport à l'article 252. Mais de même que les pouvoirs du mari comme administrateur des biens de la femme peuvent être modifiés par le juge en vertu de l'article 242, ses pouvoirs comme administrateur légal ne s'exerceront que sous le contrôle de la justice, et celle-ci peut ordonner, dans l'intérêt des enfants, toutes mesures qui sembleront nécessaires. (V. art. 240, cf. art. 302.)

L'époux contre lequel le divorce est prononcé perd aussi les avantages qui lui ont été faits par son conjoint (art. 299). Cette révocation n'a d'effet que du jour de la transcription. C'est à dater de ce jour seulement que seront dus les fruits et revenus des biens donnés.

On oppose l'effet rétroactif du divorce ; le jugement remonte quant à ses effets entre époux au jour de la demande ; pourquoi, au moins en ce qui concerne les époux, la révocation ne remonterait-elle pas au jour de l'assignation, et les intérêts et les fruits ne seraient-ils pas restituables à dater de cette époque ? Nous avons répondu d'avance à l'objection ; la rétroactivité est limitée aux effets de la dissolution du régime ; or, la révocation des donations entre époux est un effet indépendant de la dissolution du régime matrimonial. La disposition de l'article 299 constitue une peine ; cette peine ne saurait précéder le jugement dont elle résulte, ni recevoir son exécution que lorsque la condamnation qui la prononce devient définitive.

La révocation produite par le divorce, dira-t-on encore, est une révocation pour cause d'ingratitude ; or, d'après l'article 958, en cas de révocation pour cause d'ingratitude, les fruits sont dus à compter du jour de la demande.

L'application de l'article 958 doit être repoussée ; la révocation des donations dans le cas de l'article 299 est loin de pouvoir être entièrement assimilée à celle qui a lieu dans le cas de l'article 957 ; celle-ci est soumise à des conditions toutes particulières, renfermée dans des délais ri-

goureux, limitée à des causes qui ne comprennent pas toutes les causes du divorce; ainsi la condamnation du donataire à une peine infamante n'est pas une cause de révocation aux termes de l'article 955. Peut-on songer, alors que l'analogie n'existe même pas, à étendre une disposition comme celle de l'article 958 qui est de droit exorbitant, puisque la donation est révoquée à titre de peine et qu'il est contraire à l'essence d'une peine qu'elle rétroagisse ?

A raison du lien d'affection qui existe d'ordinaire entre les époux, des intérêts communs qui les unissent, la loi réputée faites à une personne interposée les libéralités dont a été gratifié le conjoint d'une personne incapable de recevoir (art. 911) ou les donations excessives de l'un des époux aux enfants de l'autre époux, issus d'un autre mariage, ou aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation (art. 1100); en conséquence de cette présomption légale qui n'admet aucune preuve contraire, les libéralités faites dans de pareilles conditions sont nulles ou réductibles. La présomption a effet aussi longtemps que le mariage dure: elle s'appliquera donc même après qu'une demande en divorce aura été formée, car le mariage n'est point encore dissous; il n'est dissous que par la transcription.

On pourrait objecter que dans ce cas les motifs de la présomption cessent; qu'à la suite d'une demande en divorce l'affection des époux se sera changée en hostilité et en haine, et qu'il n'est plus à craindre que l'époux gratifié fasse profiter son conjoint de l'avantage qu'il a reçu: on devra décider néanmoins que la présomption subsiste dans toute sa force; la loi ne recherche pas quels peuvent

(1) Marcadé, sur l'article 911, II. Laurent XI, n° 400, Demolombe, XVIII, n° 658.

être les sentiments secrets des époux l'un à l'égard de l'autre ; il suffit d'être époux, enfant ou héritier présomptif d'époux pour être nécessairement réputé personne interposée ; c'est la solution que l'on donne dans l'hypothèse d'une séparation de corps, où les motifs de douter sont les mêmes ; on ne peut pas invoquer l'esprit de la loi contre un texte clair, formel et absolu.

C'est pour un semblable motif que nous déciderons que l'interdiction de la vente entre époux ne disparaît qu'une fois la transcription opérée ; peu importe que la vente ait une date postérieure au jour de la demande. Si la vente entre époux est annulée (art. 1595), c'est que la loi présume un concert frauduleux arrangé entre les époux, soit en vue d'assurer à l'un d'eux un avantage indirect, soit en vue de frustrer les tiers. Ces raisons perdent à peu près toute leur valeur lorsque la vente intervient au cours de l'instance ; la discorde des époux rend invraisemblable la supposition d'un concert imaginé entre eux. Mais nous devons obéir au texte de la loi, et ce texte ne distingue pas. L'interdiction est attachée à la qualité d'époux ; l'article 252 n'est pas applicable.

La femme a-t-elle hypothèque légale contre son mari à raison des créances par elle acquises contre lui depuis la demande ? La question n'est douteuse que si l'on suppose la femme faisant valoir son hypothèque contre le mari ou ses ayant-cause.

Si c'est contre les tiers qu'elle prétend exercer son hypothèque légale, il n'y a pas de discussion possible ; l'hypothèque légale garantit toutes les créances acquises par la femme contre son mari au cours du mariage ; or à supposer qu'on fasse remonter au jour de la demande la dissolution du mariage même et non pas seulement celle du régime, cet effet ne concerne que le mari seul ; pour les tiers le mariage comme le régime matrimonial ne prend

fin qu'à partir de la transcription et par suite les créances de la femme antérieures à cette date ont certainement vis-à-vis des tiers le caractère de créances hypothécaires.

On peut se demander quel est alors l'intérêt de la question ; la garantie d'une hypothèque ne présente d'utilité qu'à l'égard des tiers ; peu importe, dira-t-on, qu'à l'égard du mari et de ses ayant cause la femme ait ou non hypothèque : il suffit qu'à l'égard des tiers elle soit créancière hypothécaire.

Il y a là une confusion qu'il faut dissiper : elle a sa cause dans la variabilité que présente le sens du mot tiers, lorsqu'on emploie ce mot dans des hypothèses différentes. Telles personnes qui ont la qualité de tiers, lorsqu'il s'agit de l'exercice du droit de préférence ou du droit de suite, n'ont plus cette qualité au point de vue de l'application de l'article 252, et réciproquement. Il est entendu que la femme pourra faire valoir son hypothèque légale à l'encontre des personnes auxquelles le mari a conféré des droits antérieurement à la transcription opérée sur les registres de l'état-civil ; ces personnes sont dans le sens de l'article 252 des tiers, auxquels l'article 252 ne permet pas d'invoquer l'effet rétroactif du jugement de divorce pour écarter l'hypothèque légale de la femme.

Mais supposons que la femme veuille exercer son hypothèque contre les personnes qui ont acquis des droits sur les immeubles du mari ou sont devenues les créanciers de celui-ci après la transcription ; ce sont des tiers au point de vue de l'exercice du droit de préférence ou du droit de suite ; au point de vue de l'article 252 ce sont des ayant-cause du mari, contre lesquels l'effet rétroactif du jugement de divorce peut être invoqué et à qui à leur tour peuvent l'opposer à la femme. C'est à l'égard de ces personnes qu'il y a intérêt à se demander si la rétroactivité du divorce n'a pas pour conséquence de priver du bénéfice de

l'hypothèque légale les créances nées au profit de la femme depuis la demande. Comme ces personnes, lorsqu'elles se prévalent de l'article 252 in f. en vue de repousser l'exercice de l'hypothèque légale, n'agissent que comme ayant-cause du mari, elles auront les mêmes droits que le mari lui-même; si l'hypothèque légale ne grève pas le mari, elle ne leur sera pas davantage opposable; elle leur sera au contraire opposable, si, en ce qui le concerne, le mari est tenu de la respecter. Dans quelles conditions le mari devient-il donc débiteur de la femme, une fois l'instance en divorce engagée?

L'hypothèque légale n'a pas sa cause dans les conventions matrimoniales; elle n'a pas lieu en vertu d'une clause sous-entendue du contrat de mariage. « C'est le « fait du mariage qui crée la position en raison de laquelle « la femme a besoin, vis-à-vis de son mari, de garanties « spéciales, qu'elle n'est pas ordinairement en mesure de « s'assurer par elle-même ». (P. Pont, Privilèges et hypothèques, t. I, n° 428). La femme a hypothèque légale sur les biens de son mari, par la seule force de la loi, indépendamment de toute stipulation expresse ou tacite. L'hypothèque légale existe sous tous les régimes et garantit toutes les créances que la femme peut avoir contre son mari en sa qualité de mari; elle est le contrepoids de l'influence et des pouvoirs que le mariage a donnés au mari sur la personne ou les biens de sa femme.

Cette sûreté doit donc être maintenue au profit de la femme, tant que celle-ci n'est pas entièrement dégagée de la puissance du mari et n'a pas reconquis l'entière liberté de disposer de sa personne ou de son patrimoine. Cette liberté ne lui est pas rendue par la dissolution rétroactive du régime matrimonial au jour de la demande; cette dissolution n'empêche pas la dépendance de la femme de subsister, non seulement en fait, mais même en droit,

puisque la femme continue à rester soumise à l'autorisation maritale jusqu'au moment où le lien conjugal est rompu. Elle doit donc jouir du bénéfice de l'hypothèque légale pour toutes les créances qu'elle aura acquises contre son mari jusqu'au jour de la transcription.

Ainsi, pendant l'instance, le mari dispose des biens de la communauté ou des biens de la femme, encaisse les créances de la femme, etc.; tous ces faits donnent à la femme droit à une indemnité; cette indemnité sera garantie par l'hypothèque légale; pendant l'instance le mari perçoit les fruits et revenus des biens de la femme; il en doit compte ainsi que des intérêts de la dot à partir de la demande. Nous avons dit (p. 150) qu'à raison de ces créances, la femme ne pourrait pas faire valoir à l'égard des tiers son hypothèque légale, mais par ce seul motif qu'à l'égard des tiers ces créances n'existent même pas comme créances chirographaires, en conséquence du caractère relatif de l'article 252; contre les personnes qui n'ont pas au point de vue de l'article 252 la qualité de tiers, c'est-à-dire notamment les créanciers du mari dont le droit est né postérieurement à la dissolution du mariage et auxquels, par suite, la créance des fruits et intérêts est opposable (v. p. 151, note), l'hypothèque légale pourra être exercée. La femme peut avoir recueilli depuis la demande, c'est-à-dire depuis la dissolution du régime matrimonial, des successions ou des donations dont le mari se sera mis en possession en sa qualité de chef de la communauté ou de maître de la dot qu'il conserve à l'égard des tiers; l'hypothèque légale garantira encore dans ce cas la créance de la femme.

D'après l'article 8 de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire, la veuve ou les héritiers de la femme décédée sont tenus de prendre inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage; sinon

leur hypothèque ne date à l'égard des tiers que du jour des inscriptions prises ultérieurement. Il ne nous paraît pas que cette disposition puisse être étendue par voie d'analogie à la femme divorcée; la loi du 23 mars 1855 n'a pas réglé la situation de la femme divorcée, par le motif qu'à cette époque la mort naturelle était le seul mode de dissolution du mariage; il y aurait sans doute même raison d'imposer aujourd'hui à la femme divorcée l'obligation d'inscrire son hypothèque dans le délai d'un an : mais le législateur a seul le pouvoir d'établir une déchéance; ce droit n'appartient pas à l'interprète : si, néanmoins, on décidait que l'article 8 de la loi du 23 mars 1855, est applicable à la femme divorcée, on aurait à se demander quel est le point de départ du délai que cet article établit. Ce délai court-il rétroactivement du jour de la demande?

Il faut mettre hors de cause les tiers, au sens de l'article 252, qui ne doivent souffrir ni profiter de la rétroactivité du jugement de divorce; pour ceux là incontestablement le délai ne court qu'à partir de la transcription. On décidera de même pour les ayant-cause du mari, bien qu'à l'égard de ceux-ci le jugement de divorce remonte quant à ses effets au jour de la demande; nous avons dit que la demande opère dissolution du régime matrimonial et non dissolution du mariage lui-même; et la loi du 23 mars 1855 ne fait courir le délai que du jour de la dissolution du mariage.

La prescription ne court point entre époux (article 2253). Elle ne recommence à courir qu'à partir de la transcription. Les parties ne perdent pas rétroactivement la qualité d'époux à compter de la demande, et tant que cette qualité subsiste, la prescription ne peut courir. Cette solution est justifiée par les motifs qui ont fait établir l'article 2253. Pourquoi la prescription est-elle suspendue pendant le mariage? Bigot-Préameneu répond dans l'exposé

des motifs : « Il serait contraire à la nature de la société de mariage que les droits de chacun ne fussent pas l'un à l'égard de l'autre respectés et conservés. L'union intime qui fait leur bonheur est en même temps si nécessaire à l'harmonie de la société que toute occasion de la troubler est écartée par la loi. » Au cours d'une instance en divorce, plus encore que lorsque l'harmonie règne dans le ménage, il est indispensable d'éviter tout froissement entre les époux : si pour la conservation de ses droits l'un des époux était obligé d'agir contre son conjoint, un tel acte pourrait compromettre à jamais tout espoir de réconciliation.

Il n'y a pas même de question pour les deux cas où en vertu de l'article 2256 Code civil, la prescription est suspendue pendant le mariage, à savoir : 1^o le cas où l'action de la femme ne pourrait être exercée qu'après une option à faire sur l'acceptation ou la renonciation à la communauté ; 2^o le cas où l'action de la femme réfléchirait contre le mari. Ici la femme ne se trouve plus en conflit avec le mari, mais avec les tiers, et les tiers ne peuvent se prévaloir de l'effet rétroactif du divorce pour soutenir que depuis la demande la suspension de la prescription a cessé.

On sait que la dissolution du régime matrimonial remonte entre époux au jour de la demande ; dans les rapports des époux avec les tiers, c'est seulement la transcription qui produit cet effet. Nous n'avons pas à entrer là dessus dans de nouveaux détails. Les questions qui se rattachent à la dissolution du régime matrimonial ont déjà été étudiées précédemment d'une façon complète, tant au point de vue des tiers qu'au point de vue des époux, lorsque nous nous sommes occupés de la rétroactivité du jugement du divorce.

CONCLUSION

Nous avons dit au commencement de cette étude que les innovations de la loi du 18 avril 1886 avaient eu un double objet : 1^o assurer d'une façon efficace la publicité du divorce à l'égard des tiers ; 2^o sauvegarder les droits respectifs des époux en présence de l'éventualité d'un divorce.

Il n'est pas possible de méconnaître que le premier de ces deux objets n'ait été réalisé d'une façon heureuse. La loi a jugé avec raison que la publicité de l'audience ou celle des registres de l'état civil était une publicité insuffisante ; elle complète cette publicité en édictant la publication du jugement comme en matière de séparation de biens ou de corps, suivant à cet égard les traditions de la loi du 20 septembre 1792, qui avait prescrit pour l'acte de divorce la même publicité. Mais la loi du 18 avril 1886 ne s'est pas bornée à une imitation servile ; elle a introduit une amélioration considérable dans le système de publicité organisé par des lois déjà anciennes. Les mesures de publicité édictées par ces lois révélaient aux tiers une séparation, un divorce préexistant : de là un danger pour les tiers qui avaient traité entre l'époque où le divorce, où la séparation produisait effet et celle des publications. Ce danger n'existe pas dans la loi du 18 avril 1886 ; les tiers ne courent pas le risque de devenir victimes d'une publicité rétroactive ; au lieu d'être avertis tardivement, après le divorce réalisé, ils sont prévenus alors que le divorce est à la veille de se produire. C'est la transcription qui opère la dissolution du mariage, et les publications précèdent le moment de cette dissolution au lieu de le suivre.

La seconde innovation de la loi du 18 avril 1886 a donné lieu à plus de critiques. M. Carpentier s'en fait l'écho dans son *Traité du divorce*, 2^e partie, p. 184. « A quoi se ramènera la rétroactivité qui s'opérera entre époux au jour de la demande?... A faire reporter au jour de la demande la liquidation des droits respectifs des époux ? Mais qu'importe en réalité, si chacun d'eux dans l'intervalle a conservé les pouvoirs d'administration qu'il tenait de son contrat ou de la loi ? S'il a pu valablement les exercer à l'égard des tiers et si ceux-ci ne peuvent être recherchés ? La satisfaction stérile, qui sera donnée à la femme d'antidater en quelque sorte la dissolution de son mariage, empêchera-t-elle par exemple que le mari n'ait mis à profit les lenteurs du procès pour dissimuler une partie de l'actif commun, en le faisant mobilier d'immobilier qu'il était ? L'empêchera-t-elle d'avoir perçu et dissipé pendant ce temps les revenus communs ? Il deviendra comptable sans doute, mais ce sera une comptabilité fictive, difficile à établir. »

Ces reproches ne nous paraissent pas fondés. L'effet rétroactif du divorce n'empêche pas, dit-on, le mari de mettre à profit les lenteurs du procès pour dissiper les biens communs ; le mari est comptable, mais cette disposition n'a pas de sanction, puisque les tiers ne peuvent être recherchés. Il y a là de l'exagération : si le mari commet pendant l'instance des abus de pouvoir, il en doit réparation à sa femme sous forme d'indemnité ; la femme pourra poursuivre contre le mari le paiement de cette indemnité par tous les moyens que la loi accorde au créancier pour contraindre son débiteur à s'exécuter, et dans les circonstances que l'on suppose, la femme ne sera probablement pas disposée à user de ménagements. Le mari n'aurait d'autre moyen pour éviter de s'acquitter, que de se rendre insolvable ; c'est une ressource extrême à laquelle il

sera rarement tenté d'avoir recours ; il n'arrivera pas souvent, en effet, que le mari ait l'idée de se ruiner complètement pour se donner le plaisir de ne pas payer ce qu'il doit à sa femme.

Le mauvais vouloir du mari pourra quelquefois faire éprouver un préjudice à la femme ; mais il n'en sera ainsi que si le mari consent à se sacrifier le premier, ce qui est une hypothèse peu vraisemblable.

La législation actuelle met du reste la femme à l'abri de tout danger sérieux à ce point de vue ; si les intentions du mari sont suspectes, il pourra se voir enlever, à titre de mesure conservatoire, l'administration et la jouissance des biens de la communauté et des biens personnels de la femme (article 242, Code civil). Si ses procédés laissent supposer qu'il y a péril pour la dot ou les reprises de la femme, celle-ci sera en droit de former une demande en séparation de biens dont l'effet rétroactif sera absolu et se produira même à l'encontre des tiers. Rien n'empêche la femme de former concurremment deux demandes, l'une en divorce pour violation des devoirs qui naissent du mariage, l'autre en séparation de biens pour la garantie de ses intérêts pécuniaires.

Enfin, ajoute-t-on, la comptabilité du mari sera une comptabilité fictive, difficile à établir. Il ne dépend que de la femme qu'il en soit autrement ; si dès le début du procès la femme a la précaution de faire apposer les scellés et de faire dresser inventaire, la comptabilité du mari pourra être facilement contrôlée.

On voit que les critiques dirigées contre l'innovation capitale de la loi de 1886 sont peu sérieuses. Quels sont maintenant les avantages de cette innovation ? le but poursuivi par le législateur a-t-il été atteint ?

En édictant la rétroactivité du jugement de divorce la loi a voulu empêcher les époux de spéculer sur la durée du

procès, leur enlever la faculté de modifier, en ce qui les concerne, la composition de leurs patrimoines, en avançant ou en retardant suivant certaines combinaisons le moment du divorce. La rétroactivité ayant pour effet de donner à la dissolution du régime matrimonial une date connue d'avance et dont des combinaisons de procédure sont impuissantes à amener le changement, qui oserait nier que les parties ne soient désormais soustraites à la tentation d'avancer ou de retarder dans un but intéressé le dénouement de l'instance, et que la marche du procès ne cesse d'être dominée par des préoccupations pécuniaires ?

La loi du 18 avril 1886 n'est pas cependant sans reproches : mais ces reproches visent moins le système que la rédaction vague et incomplète de la loi. La loi aurait dû exprimer clairement que la dissolution du mariage résulte de la transcription et non du jugement. L'article 252 § 5, s'exprimant en termes très-généraux fait remonter au jour de la demande les effets du divorce ; il est néanmoins certain que seuls certains effets du divorce ont un effet rétroactif : quels sont-ils ? la loi aurait dû l'énoncer en termes formels. La rétroactivité n'a lieu qu'entre époux ; elle n'a pas lieu à l'égard des tiers ; quelles sont les personnes qui ont la qualité de tiers et à l'égard desquelles par conséquent le jugement de divorce n'a pas d'effet rétroactif ? Sur cette question la loi est muette. Ce sont là des difficultés que le texte législatif aurait dû trancher nettement ; l'incertitude de leur solution laissera toujours planer quelque doute sur le sens des réformes introduites.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

1^o POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. — L'attribution de la garde des enfants à la mère, après le divorce, n'entraînait pas *deminutio patriæ potestatis*.

II. — L'adultère du mari ne donnait lieu comme tel qu'à des réparations civiles.

III. — L'exercice du *præjudicium quanta dos sit* s'explique par la règle : *impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt*.

IV. — Les mots : « *dos quæ functa est* », dans Ulpien Reg., VI, § 11, signifient une dot qui a acquitté intégralement la *retentio propter liberos*.

2^o POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

I. — La règle : « *dies interpellat pro homine* » est étrangère au droit romain.

II. — Sous Justinien les servitudes s'établissent par pactes et stipulations.

III. — L'*usucapio* primitive n'exigeait pas la bonne foi.

IV. — La stipulation « *fundum tradi* » est indivisible.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

1^o POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. — Le jour de la demande en divorce, dont il est question dans l'article 252, n^o 5, Code civil, est le jour de l'assignation devant le tribunal.

II. — C'est la transcription du jugement de divorce qui opère la rupture du lien conjugal.

III. — Les intérêts des reprises de la femme divorcée courent à partir de la demande en divorce, soit que la femme accepte la communauté, soit qu'elle y renonce.

2^e POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

I. — Les héritiers du donateur peuvent opposer le défaut de transcription de la donation.

II. — La séparation des patrimoines n'est pas un privilège au sens légal du mot.

III. — La dette remise par un concordat n'est pas rapportable à la succession du créancier.

IV. — La femme ne peut, par son contrat de mariage, se réserver l'administration de ses biens dotaux.

MATIÈRES DIVERSES

I. — En cas de faillite la déchéance du terme a lieu même en faveur des créanciers hypothécaires.

II. — Le porteur d'une lettre de change a un droit exclusif sur la provision.

III. La compensation des dépens peut être prononcée, vu la qualité des parties, dans le jugement de divorce.

IV. — L'avocat appelé à siéger pour compléter le tribunal n'est pas tenu de prêter serment.

Vu par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu par le Président de la thèse,
C. BUFNOIR.

VU :

et permis d'imprimer,

Le Vice-Recteur
de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

EFFETS DU DIVORCE

A L'ÉPOQUE DU DROIT CLASSIQUE

INTRODUCTION. — A quel moment se produit la dissolution du mariage par le divorce ?	1
CHAPITRE I. — Effets du divorce quant aux personnes	5
Le divorce rend aux époux leur liberté	5
La femme conserve la condition du mari	5
Le divorce ne détruit pas la <i>manus mariti</i>	6
Le lien de l'alliance est rompu. — Exceptions à ce principe .	7
La présomption de paternité cesse	9
Les déchéances prononcées par les lois caduques redeviennent applicables	11
Poursuite de l'adultère de la femme après le divorce	12
Les règles restrictives des poursuites judiciaires entre époux cessent	19
Effets du divorce quant aux enfants	22
CHAPITRE II. — Effets du divorce quant aux biens.	27
Effets du divorce quant aux donations entre époux	27
Effets du divorce quant aux libéralités testamentaires entre époux.	29
Effets du divorce quant à la vocation successorale entre époux.	30
De la restitution de la dot après le divorce	30
Règles générales. — Action <i>ex stipulatu</i> et action <i>rei uxoriæ</i> .	31
Correctif du caractère personnel de l'action <i>rei uxoriæ</i> . <i>Collatio dotis</i>	32

Comment l'action <i>rei uxoriæ</i> devient-elle transmissible aux héritiers?	34
Délais de restitution.	35
<i>Retentiones</i>	35
<i>Retentio propter liberos</i>	36
Explication de la règle: <i>dos quæ semel functa est amplius fungi non potest</i> , etc.	38
<i>Retentio propter mores</i>	45
Comparaison du <i>judicium de moribus</i> et du <i>crimen adulterii</i>	46
<i>Retentio propter impensas</i>	49
<i>Retentio propter res donatas</i>	53
<i>Retentio propter res amotas</i>	54
De l'action <i>rerum amotarum</i>	55
Des droits analogues aux <i>retentiones</i> pouvant être exercés dans l'action <i>ex stipulatu</i>	59
CHAPITRE III. — Des effets du divorce de l'affranchie, épouse de son patron, qui divorce <i>iuvito patrono</i>	61
CONCLUSION	63

DROIT FRANÇAIS

POINT DE DÉPART

DES
DIFFÉRENTS EFFETS DU DIVORCE

INTRODUCTION	65
------------------------	----

PREMIÈRE PARTIE

PRINCIPES

CHAPITRE I. — La demande en divorce opère dissolution du régime matrimonial dans les rapports des époux entre eux.	
§ I. — Comment se justifie et à quels effets s'applique la rétroactivité du jugement de divorce?	71
§ II. — Pourquoi la rétroactivité n'existe-t-elle pas vis-à-vis des tiers?	95

§ III. — Que faut-il entendre par tiers ?	400
§ IV. — Qu'est-ce que le jour de la demande ?	406
CHAPITRE II. — La transcription du jugement de divorce opère dissolution du mariage	418

DEUXIÈME PARTIE

APPLICATIONS

CHAPITRE I. — Effets qui ont pour point de départ le jour de la demande	
§ I. — Régime de la communauté	435
SECTION I. — Composition de la communauté	436
SECTION II. — Administration de la communauté . .	459
SECTION III. — Dissolution de la communauté	476
SECTION IV. — Liquidation de la communauté	480
§ II. — Régime sans communauté et régime de séparation de biens	497
§ III. — Régime dotal	498
CHAPITRE II. — Effets qui ont pour point de départ le jour de la transcription du jugement de divorce. . . . ,	244
CONCLUSION	229

NANCY, IMPRIMERIE A. NICOLLE.
